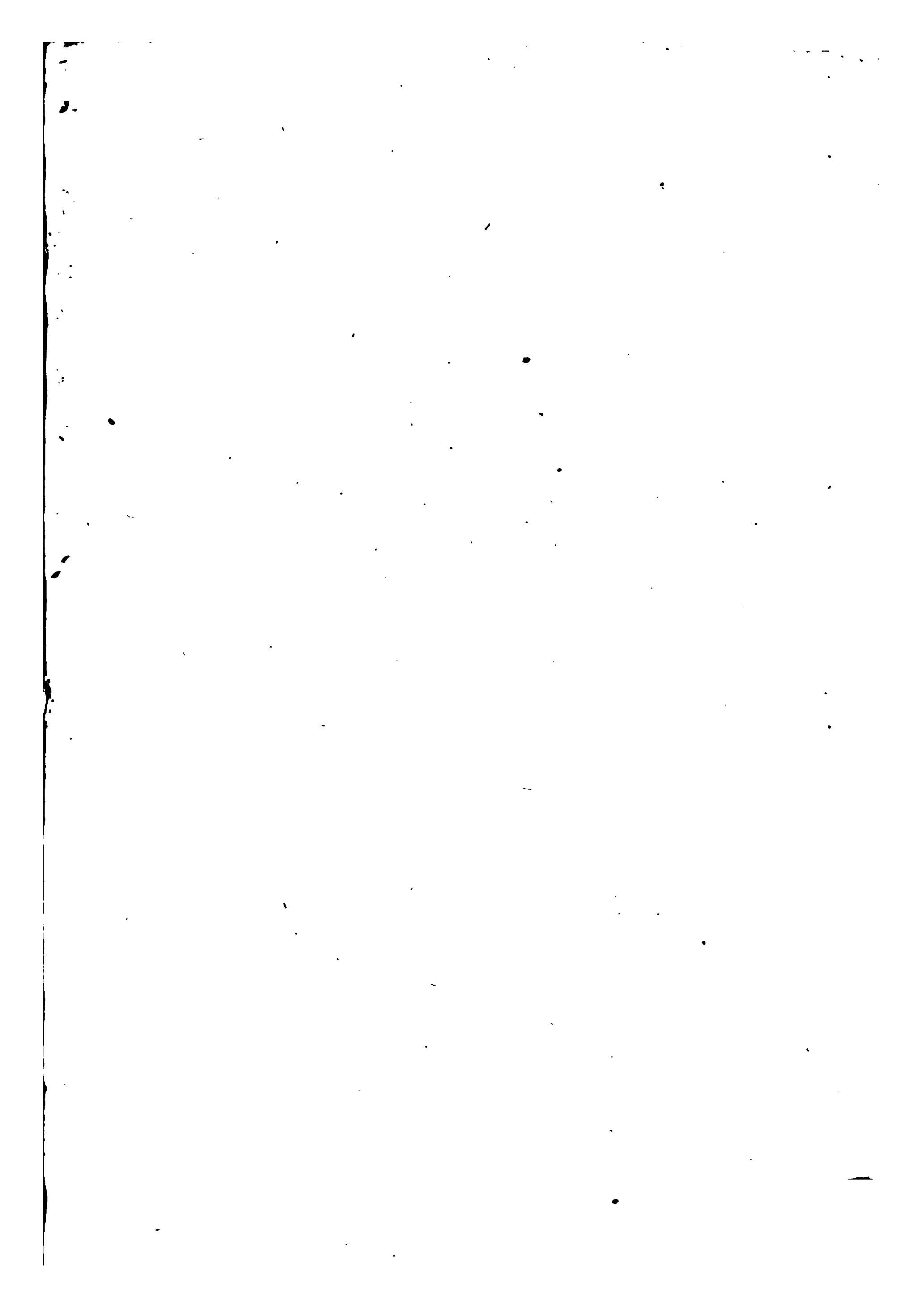

SIGILL: COLL: HARVARD: CANTAB: NOV: ANGL: 1650.
CHRISTO ET ECCLESIAE
BOUGHT WITH
THE INCOME FROM
THE BEQUEST OF
CHARLES MINOT,
OF SOMERVILLE,
(Class of 1828,)
6 June, 1874.



Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Herausgegeben

von

C. F. von Gerber,
Kanzler der Universität Tübingen

und

R. Jhering,
ordentlichem Professor des römischen Rechts zu Gießen.

Zweiter Band.

Jena,
Druck und Verlag von Friedrich Mauke.
1858.

1874, June 6.
Minot Fund.

Inhalt.

I.

Zur Verhandlung über die Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte.

Von

Professor **v. Scheurl** in Erlangen [1]).

In der Voraussetzung, daß es gestattet ist, diese Jahrbücher als einen Sprechsaal anzusehen, in welchem eine im Geiste vereinigte Juristenversammlung über privatrechtliche Stoffe diskutirt, wage ich es, nachdem Herr Professor Ihering in seiner Aeußerung über die Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte eine Pause gemacht hat, mir inzwischen über denselben Gegenstand ein wenig das Wort zu erbitten, da ich, so sehr diese Auslassung im Ganzen mich befriedigt und vielfach belehrt hat, doch theils einige Bedenken dagegen auf dem Herzen habe, theils auch sie Ergänzendes und Unterstützendes beibringen zu können glaube. Und vielleicht darf ich um so mehr hoffen, das Wort wirklich zu erhalten, da mein verehrter Vorredner hie und da selbst auf mich Bezug genommen, einmal sogar geradezu auf mein Urtheil provocirt hat.

Zunächst freue ich mich, an Herrn Prof. Ihering vermöge seiner so treffend durchgeführten Unterscheidung zwischen factischer und juristischer Mitwirkung bei fremden Rechts-

1) S. Band I Abh. VII und den Schluß derselben im vorliegenden Heft.

geschäften und seiner nachdrücklichen Betonung, daß zum Begriff der Stellvertretung wesentlich juristische Mitwirkung gehöre, einen höchst willkommenen Streitgenossen für die von mir (in der kritischen Ueberschau Bd. I S. 317) angelegentlich aufgestellte Behauptung zu finden, daß die Stellvertretung nur insofern ein Rechtsbegriff sei, als die Handlungen, worin die Stellvertretung stattfinde, juristische Handlungen seien. Er nennt die blos faktische oder physische Mitwirkung bei einem fremden Rechtsgeschäft die Mitwirkung als Gehülfe, wovon eine Unterart der Bote ist, ganz an den römischen Sprachgebrauch sich anschließend, der solche Mitwirkung ein ministerium nennt. Wenn er nun aber hierbei S. 283 sagt: „Beim Darlehen haben die Römer dem Begriff des Boten eine so weite Ausdehnung gegeben, daß selbst die Handlung eines wirklichen Stellvertreters unter den Gesichtspunkt eines Boten gebracht wurde," so erregt mir dieser Satz, wie er nach der darauf folgenden Ausführung genommen zu sein scheint, einiges Bedenken.

Das Darlehensgeschäft enthält zwei gleich wesentliche Bestandtheile:

1) die conventio, den Darlehnsvertrag, d. h. den consensus, daß die Quantitäten, welche vom Darleiher dem Aufnehmer gegeben werden, von diesem dem Ersteren zurückgegeben werden sollen;

2) die res oder das Geben der Quantitäten, welche Darlehensgegenstand sein sollen, von Seiten des Darleihers an den Aufnehmer.

In Beziehung auf dieses zweite Element für sich allein gebe ich obigen Satz Ihering's vollkommen zu. Es ist gleichgültig, ob eine Mittelsperson Geld des Darleihers blos dem Aufnehmer zuträgt, oder ob sie eigenes Geld im Namen des Darleihers als wahrer Stellvertreter desselben dem

Aufnehmer gibt. Aber nur dann ist dieses nach meiner Ueberzeugung gleichgültig, wenn dabei außerdem auf irgend eine Weise der Darlehensvertrag (das erste Element des Darlehens) zwischen Darleiher und Aufnehmer mit oder ohne Vermittelung wirklich zu Stande kommt. Es genügt nach meiner Ansicht vollkommen, auch schon nach älterem römischen Recht, daß A. dem B. aufträgt, 1000 dem C. als Darlehen, in seinem, des A. Namen zu geben, daß dann B. 1000, die sein Eigenthum sind, diesem Auftrag gemäß gibt, und daß C. sie als Darlehen des A. annimmt, um den C. zum Darlehensschuldner des A. zu machen. Denn hierin finde ich verbunden 1) eine Stellvertretung des B. in Beziehung auf das Geben und 2) eine physische Dienstleistung des B. in Vermittelung des consensus zwischen A. und C. Aber nimmermehr glaube ich, daß B. durch ein Geben von 1000, als Darlehen des A. an C., ohne von A. dazu beauftragt zu sein, den C. zum Darlehensschuldner des A. machen kann. Vielleicht ist das auch Ihering's Ansicht; aber da er das Moment des Darlehensvertrags ganz unberührt läßt, so bin ich darüber doch zweifelhaft. Ferner kann ich mich auch nicht entschließen, die auf S. 290 in der Note 23 angeführten Stellen auf Gehülfen zu beziehen; denn es ist hier überall von emere die Rede, und das ist doch keine blos physische, sondern eine juristische Handlung; es bezeichnet recht eigentlich das Contrahiren für den Principal. —

Bei der juristischen Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte schreibet dann Ihering wieder zuerst die Mitwirkung neben dem Principal als Theilnehmer aus, und kommt hierbei schließlich S. 303 ff. auf die Frage, ob die Zustimmung des Eigenthümers zur Veräußerung seiner

Sache von Seiten eines Dritten wirkliche „Theilnahme an einem fremden Rechtsgeschäft" sei?

Er untersucht zunächst, ob hierbei das Eigenthum von dem zustimmenden Eigenthümer unmittelbar auf den Erwerber übergehe, oder ob es durch den mit Zustimmung des Eigenthümers veräußernden Dritten hindurchgehe?

Als Beispiel gebraucht er dabei folgenden Fall: A. hatte von X. ein Grundstück gekauft, dasselbe darauf dem B. verkauft, mit dem er jetzt auf dem Grundstück erscheint, um es ihm unter Mitwirkung von X. zu tradiren. Muß hier der eine äußere Akt der Tradition an den B. juristisch in zwei Traditionen zerlegt werden, in die des X. an den A. und die des A. an den B.? Oder ist es lediglich als eine Tradition von X. an B. aufzufassen?

Zur Beantwortung dieser Frage bahnt er sich den Weg, indem er zuvor erörtert, ob, wenn A. nicht beim Traditionsakt gegenwärtig gewesen wäre, es eines Durchgangs des Eigenthums durch seine Person bedürfe. Er verneint die Nothwendigkeit dieses Umwegs und beruft sich dafür auf L. 39 de donat. inter V. et U. (24, 1), L. 38 §. 1 de solut. (46, 3) und L. 49 mandati (17, 1). Hieraus schließt er, daß auch im Fall der Anwesenheit des A. nichts hindern könne, eine einfache Tradition des X. an B. anzunehmen, wofür er eine Bestätigung in L. 38 §. 1 de don. i. V. et U. (24, 1) findet. Endlich aber macht er noch auf die Möglichkeit aufmerksam, den A. rücksichtlich des Veräußerungsaktes als Stellvertreter des X. aufzufassen und bemerkt, daß dieser Gesichtspunkt für den Fall der nachfolgenden Ratihabition sogar der nothwendige sei, und faßt dann das Ergebniß der ganzen Erörterung so zusammen, wie es uns aus dem S. 309 ff. Gesagten erinnerlich ist.

Es scheint mir dabei auf den Umstand, ob der zu-

stimmende Eigenthümer, oder der veräußernde Dritte im Besitz der Sache ist, auf die Natur begleitender besonderer Rechtsverhältnisse zwischen Beiden und zu Dritten keine oder doch nicht die gehörige Rücksicht genommen, und die Frage, ob Eigenthum und Besitz, oder ob der Besitz ohne das Eigenthum durch den Veräußerer hindurch gehe, nicht genug aus einander gehalten.

Meines Bedünkens muß man bei dieser ganzen Frage von dem einfachsten Fall ausgehen, daß der besitzende Nichteigenthümer mit Genehmigung des nichtbesitzenden Eigenthümers veräußert, ohne daß zwischen beiden vorher ein obligatorisches Verhältniß besteht. Hier könnte natürlich erst X. sein Eigenthum an A., und dann A. es an B. übertragen; es ist dies aber ganz unnöthig. Wenn X. gleichzeitig oder nachträglich zur Veräußerung der Sache durch A. an B. seine Zustimmung erklärt, so geht das Eigenthum direkt von X. an B., der Besitz von A. an B. über. Besitzt der Veräußerer im Namen des Eigenthümers, so liegt in der Zustimmung des Letztern nicht etwa eine traditio brevi manu an den Ersteren, sondern lediglich an den B., der von A. blos natürlichen Besitz erhält, welcher sich aber bei ihm vermöge jener in der Zustimmung des Eigenthümers liegenden brevi manu traditio sofort in juristischen Besitz verwandelt. A. ist Stellvertreter des X. in Uebertragung des Eigenthums an B. Theilhaber des Veräußerungs-Geschäfts (der causa traditionis) wird der X. nicht durch seine Zustimmnng an sich, sondern nur, wenn er wirklich daran Theil nehmen will.

Setzen wir den Fall: der alleinbesitzende Miteigenthümer A. verkauft die gemeinschaftliche Sache in solidum an B. unter Zustimmung seines Miteigenthümers X. Er überträgt durch seine Tradition der ganzen Sache an B. das Eigenthum an der pars pro indiviso des X. unmittelbar an B.,

aber eine Haftung aus dem Kaufvertrag trifft den X. nicht, wenn er sie nicht besonders übernommen hat. Aliud est vendere, aliud vendenti consentire.

Ihering beruft sich hiergegen auf L. 38 §. 1 de don. i. V. et U. (24, 1):

> Idem juris erit, si ex tribus fratribus unus uxorem haberet et rem communem uxori donasset, nam ex tertia parte mulieris res facta non erit, ex duabus autem partibus reliquis, si id scissent fratres aut posteaquam donata esset, ratum habuissent, non debere mulierem reddere.

Es springt aber in die Augen, daß in diesem Falle die Einwilligung der Brüder in die traditio rei communis donandi causa an die Frau am natürlichsten als eine Willenserklärung, ihre Antheile der Schwägerin schenken zu wollen, ausgelegt wurde. Aus diesem Grunde behandelt der Jurist sie als Subjekte der Schenkung, nicht aus dem Grunde, weil in der Zustimmung zur Eigenthumsübertragung an sich ein Miteintritt in die causa traditionis liege. Die Brüder könnten ihre Zustimmung auch gegen Empfang oder Zusicherung des Geldwerths ihrer Antheile gegeben haben. Dann würde sie der Jurist gewiß nicht als Schenker behandeln; allein dies kann er auch nicht präsumiren. Ich muß übrigens auch noch bemerken, daß er sie nicht einmal geradezu als Schenker behandelt, sondern durch seine Entscheidung blos ausschließt, daß der Mann als Schenker des Ganzen gedacht werde. Diese Entscheidung läßt es ganz dahin gestellt, ob nicht die Zustimmung der Schwäger der Frau gegenüber die Bedeutung eines Verkaufs gehabt habe. Aber ich gebe gern zu, das Wahrscheinlichste ist es, daß der Jurist sie aus dem oben angeführten Grunde als Schenkung auffaßte, d. h.,

daß er eine mit der Zustimmung in die Tradition oder mit deren Ratihabition verbundene Schenkung annahm.

Wie aber, wenn das Eigenthum nicht durch bloße Tradition, sondern nur durch ein solennes Rechtsgeschäft übertragen werden kann? Insofern zur Solennität des Rechtsgeschäfts eine solenne Handlung des bisherigen Eigenthümers gehört, ist seine bloße Zustimmung zur Veräußerung ganz wirkungslos, oder bewirkt sie doch wenigstens blos die conditio usucapiendi für den Erwerber. Aber er kann natürlich die erforderliche solenne Handlung dem Erwerber gegenüber unmittelbar vornehmen, und braucht nicht erst dadurch sein Eigenthum auf den Veräußerer zu übertragen, damit dieser dann durch eine zweite solenne Handlung es dem Erwerber überliefere.

Hinsichtlich der mancipatio bin ich geneigt, anzunehmen, daß die Handlung des mancipio dans nicht als eine solenne anzusehen ist, weil sie ja eigentlich in einem bloßen Geschehenlassen besteht, so daß also ein Nichteigenthümer eine res mancipi mit bloßer Einwilligung des abwesenden Eigenthümers wirksam einem Dritten hätte mancipiren können. Doch will ich das freilich einstweilen nur als eine bloße Hypothese gelten lassen, da ich zur Zeit keine weiteren Gründe dafür anzuführen weiß. Daß für die familiae mancipatio bei der Testamentserrichtung Stellvertretung undenkbar ist, würde die Unrichtigkeit meiner Hypothese nicht beweisen; denn es gehört dazu wesentlich die solenne nuncupatio, welche bei der gewöhnlichen mancipatio zum Behuf der Eigenthumsübertragung nicht wesentlich gehört.

So viel von dem einfachen Fall der Zustimmung des Eigenthümers, der nicht oder nur durch den Veräußerer besitzt, und mit diesem in keinem besonderen obligatorischen Verhältniß steht!

Setzen wir nun den Fall: Der Eigenthümer X. besitzt, der veräußernde Nichteigenthümer A. ist nicht im Besitz; Beide stehen aber in keinem besondern obligatorischen Verhältniß zu einander. Die bloße Einwilligung des X. kann hier nichts nützen. Er muß entweder selbst an den B. tradiren, wobei er sich denn natürlich auch des A. als Gehülfen bedienen kann; oder er muß an den A. tradiren und dieser an B. Auch im letztern Fall aber wird nicht ohne einen besonderen Grund angenommen werden dürfen, daß das Eigenthum durch A. hindurch gehe, sondern vielmehr, daß es von X. unmittelbar an B. übergehe.

Z. B. A. verkauft ein Pferd, das sein Vater X. im Eigenthum und Besitz hat, an B. mit Zustimmung seines Vaters X. Letzterer kann das Pferd in den Stall seines Sohnes A. führen lassen mit dem Auftrag, er soll es, sobald B. ihm den Kaufpreis bringen wird, diesem aushändigen. Hier erhält A. einstweilen die bloße Detention des Pferds; wenn er es nach erhaltenem Kaufpreis dem B. aushändigt, so geht Eigenthum und juristischer Besitz unmittelbar von X. auf B. über. (Ich nehme an, daß A. nicht filiusfamilias ist.)

Verkäufer wird auch hier, wenn nichts weiter vorliegt, X. nicht. A. allein kann den Kaufpreis einklagen, behält ihn, wenn er ihn eingenommen hat, haftet aber auch für die Mängel des Pferdes dem B. u. s. f. Welche rechtliche Wirkungen die Zustimmmung des X. weiterhin für ihn dem A. gegenüber hat, hängt lediglich von der zwischen ihnen darüber getroffenen Uebereinkunft ab. Hat gar keine besondere Uebereinkunft zwischen ihnen Statt gefunden, so müssen wir sagen: es lag in der Zustimmung eine Schenkung des aus dem Pferd zu erzielenden Erlöses.

Erst jetzt scheint es mir an der Zeit, solche Fälle in Betracht zu ziehen, wo ein besonderes obligatorisches Verhältniß

zwischen dem zustimmenden Eigenthümer X. und dem veräußernden Nichteigenthümer A. besteht.

Wir setzen also: X. schuldet die zu veräußernde Sache dem A.; ob aus einem Kaufvertrag, aus einem Schenkungsversprechen, aus einem Testament u. s. f., das lassen wir ganz dahin gestellt; nur das setzen wir voraus: Gegenstand der Schuld und der Veräußerung soll eine **certa species** sein. Natürlich ist hierbei X. als Besitzer, A. als Nichtbesitzer zu denken.

Die Zustimmung des X. zur Verfügung des A. über die Sache kann hier eine doppelte Bedeutung haben. Entweder kann er dadurch seine Verbindlichkeit erfüllen sollen und wollen, oder es kann darin eine Einwilligung in reine Aufhebung der Obligation **ohne** Erfüllung liegen.

Stellen wir uns jetzt nur Ihering's oben erwähntes Beispiel vor Augen: A. hatte ein Grundstück von X. gekauft, und dann, ohne es überliefert erhalten zu haben, an B. verkauft; jetzt findet sich A. mit ihm auf dem Grundstück ein, um es ihm unter Mitwirkung von X. zu tradiren. Hier ist meines Erachtens keine andere Betrachtungsweise möglich, als daß X. einwilligt, seine Verbindlichkeit gegen den A. aus dem Kaufvertrag durch Tradition des Grundstücks an B. zu erfüllen.

Ist dagegen das Verhältniß dasjenige, welches Ihering im zweiten Fall der **L. 49 mand.** zu erblicken meint: A. erscheint mit B. bei dem X. und ersucht ihn, in einen Kauf desselben von Seiten des B. einzuwilligen, wie er (X.) ihn diesem vorgeschlagen hat, und dem B. zu diesem Ende das Grundstück zu tradiren, so ist meines Bedünkens wieder nur die Betrachtungsweise möglich, daß X. durch seine Einwilligung zu erkennen gibt, er sei mit einem völligen Abge-

hen von dem vorigen Kaufvertrag einverstanden, m. a. W., er willige in eine reine Aufhebung der zwischen ihm und A. bestehenden Obligation ohne Erfüllung derselben.

Wo nun durch die Zustimmung des Eigenthümers zur Verfügung des Nichteigenthümers die Erfüllung der Verbindlichkeit des Ersteren gegen den Letzteren beabsichtigt wird, da darf nach meiner Ueberzeugung niemals ein unmittelbarer Eigenthumsübergang von X. an B. angenommen werden, sondern immer ein Durchgang des Eigenthums durch A.

Ihering beruft sich dagegen auf L. 39 de don. i. V. et U. (24, 1). Diese Stelle lautet so:

> Vir uxori pecuniam quum donare vellet, permisit ei, ut a debitore suo stipuletur; illa quum id fecisset, priusquam pecuniam auferret, divortium fecit; quaero, utrum vir eam summam petere debeat, an ex ea promissione propter donationis causam actio nulla esset? Respondi, inanem fuisse eam stipulationem. Sed si promissor mulieri ignorans solvisset, si quidem pecunia exstat, vindicare eam debitor potest; sed si actiones suas marito praestare paratus est, doli mali exceptione se tuebitur, ideoque maritus hanc pecuniam debitoris nomine vindicando consequetur. Sed si pecunia non exstat, et mulier locupletior facta est, maritus eam petet; intelligitur enim ex re mariti locupletior facta esse mulier, quoniam debitor doli mali exceptione se tueri potest.

Ihering glaubt, dieser Stelle sich deshalb bedienen zu können, weil nach derselben der Mann durch Ablieferung der Sache von Seiten seines Schuldners an die Frau nicht Eigenthümer geworden sei, was doch der Fall sein müßte, wenn zwei Traditionen anzunehmen wären.

Nun muß ich aber erstens bemerken, daß die vorliegende

Stelle schon deshalb nur sehr uneigentlich auf die Frage von der Zustimmung des Eigenthümers zur Veräußerung seiner Sache durch einen Dritten bezogen werden kann, weil der Auftrag des Gläubigers an seinen Geldschuldner, die schuldige Summe an einen Dritten zu zahlen, sich doch nicht wohl als eine Veräußerung von Geldstücken des Schuldners durch den Gläubiger bezeichnen läßt. Aber auch zugegeben, daß für die hier zunächst uns beschäftigende Frage es gleichgültig sei, ob der Schuldner auf Geheiß des Gläubigers eine geschuldete Sache oder eine geschuldete Summe an einen Dritten entrichte, so springt es sofort in die Augen, daß in dem Fall, welcher dem Julianus hier vorgelegt wird, der Schuldner keineswegs einen Auftrag empfängt und annimmt, den geschuldeten Gegenstand zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit an die Frau zu entrichten, sondern vielmehr der Frau nur gestattet wird, denselben vom Schuldner zu stipuliren, wodurch dieser von seiner Verbindlichkeit gegen den Mann ohne Erfüllung befreit und Schuldner der Frau werden soll. Demzufolge ist es nun freilich ganz unmöglich, anzunehmen, daß die Zahlung des Schuldners an die Frau zunächst den Mann zum Eigenthümer des Geldes mache. Zwar nimmt Julian an, die novirende Stipulation sei wegen der donationis causa nichtig gewesen, der Schuldner also Schuldner des Mannes geblieben. Aber er zahlt an die Frau, ohne diese Nichtigkeit der Stipulation zu kennen, weil ihm die donationis causa unbekannt ist. Seine Absicht geht also lediglich dahin, der Frau zu zahlen, nicht dem Mann durch Zahlung an die Frau. Eigentlich sollte er blos eine indebiti condictio gegen die Frau haben; es ist eine hier nicht näher zu erörternde Singularität (vgl. Savigny, System Bd. IV S. 589), daß angenommen wird, er könne die noch bei der Frau vorfindlichen Geldstücke vindiciren; da dieses nun aber angenommen

wird, so kann natürlich der Mann nur mittelst einer von dem Schuldner ihm cedirten Vindication diese Geldstücke der Frau abnehmen; kraft eigenen Eigenthumsrechts kann er auf dieselben unmöglich Anspruch machen. So steht also diese Stelle mit L. 3 §. 12. 13 eod. durchaus nicht in Widerspruch.

Unläugbar dagegen ist dieses der Fall bei L. 38 §. 1 de solut. (46, 3), die entschieden günstig für Ihering's Ansicht ist. Ich berufe mich aber hinsichtlich dieser Stelle einfach auf Savigny's Ausführung a. a. O. S. 592 ff., der ich ganz beitrete, blos ausgenommen, daß ich, was Savigny hier als constitutum possessorium auffaßt, in Uebereinstimmung mit Ihering S. 305 als traditio brevi manu auffasse, worauf ich jedoch hier, um nicht abzuschweifen, nicht näher eingehen will.

Hinsichtlich der L. 49 mandati, welche Ihering auch noch zu Hülfe nimmt, behalte ich mir eine besondere Ausführung vor, und fasse mein Ergebniß über den ganzen Punkt sogleich so zusammen:

1) Bei der reinen, einfachen Zustimmung des nicht besitzenden Eigenthümers zur Veräußerung des besitzenden Nichteigenthümers überträgt dieser das Eigenthum als Stellvertreter des Eigenthümers.

2) Wenn der Nichteigenthümer im Namen des Eigenthümers besitzt, überträgt Ersterer den natürlichen Besitz als solchen in eigenem Namen; er verwandelt sich aber beim Erwerber durch eine brevi manu traditio des Eigenthümers in juristischen Besitz.

3) Ist der Eigenthümer Schuldner des Nichteigenthümers, so kommt es darauf an, ob durch die Tradition des Ersteren an einen Dritten nach dem Willen des Gläubigers die Verbindlichkeit erfüllt werden, oder ob sie mit reiner Aufhebung der Verbindlichkeit gegen den die Tradition an den

Dritten wollenden Gläubiger an die Stelle der Erfüllung jener Verbindlichkeit gesetzt werden soll. Im ersteren Fall ist die Tradition an den Dritten in Gedanken aufzulösen in eine Tradition an den Gläubiger, wobei diesen der Dritte in der Empfangnahme vertritt, und in eine traditio brevi manu von Seiten des Gläubigers an den Dritten, wodurch dieser ein durch den Gläubiger hindurchgegangenes Eigenthum erwirbt. Im zweiten Fall ist die Tradition von Seiten des Eigenthümers an den Dritten eine selbstständige und unmittelbare Eigenthumsübertragung, und die Handlung des Nichteigenthümers ist gar nicht Veräußerung der fremden Sache, sondern nur Entbindung des Eigenthümers von seiner ursprünglichen Verpflichtung, sie dem scheinbar mit seiner Zustimmung veräußernden Nichteigenthümer zu leisten. Der eben angedeutete Schein kann namentlich dann eintreten, wenn ein Käufer re integra, um von dem Kaufvertrag los zu werden, einen Dritten bestimmt, die Waare unter denselben oder vielleicht noch bessern Bedingungen an sich bringen zu wollen, und dann den Verkäufer bewegt, dieses Gebot anzunehmen. Es sieht dann so aus, als hätte der erste Käufer die Waare mit Einwilligung des Eigenthümers an den zweiten Käufer veräußert. In der That ist es aber Aufhebung des ersten Kaufs durch mutuus dissensus und Eingehung eines neuen Kaufgeschäfts zwischen dem Eigenthümer und dem Dritten.

Die vorhin berührte L. 49 mandati ist es, über deren von ihm gegebene neue Erklärung der gelehrte Vorredner mein Urtheil geradezu in freundlichster Weise herausgefordert hat. Es handelt sich dabei um die Auffassung des zweiten Falls der Stelle, die ich in meinen Beiträgen (Bd. 1 S. 197 fg.) in Uebereinstimmung mit der Glosse, und wie ich jetzt aus der neuen Ausgabe der Puchta'schen Pandektenvorlesungen

ersehe, auch in wesentlicher Uebereinstimmung mit Puchta, so bestimmen zu müssen glaubte, wie ich es hier kürzlich in etwas veränderter Wendung wiederholen will:

Titius ist Eigenthümer eines Sklaven, den sein Erblasser von einem Dritten, der also nicht der Eigenthümer war, gekauft und tradirt erhalten hatte. Nachdem Titius diesen bonae fidei possessor seines Sklaven beerbt und Letzteren in dessen Erbschaft vorgefunden hatte, gibt er mir den Auftrag, ihn an X. in seinem Namen zu verkaufen und zu tradiren, indem er nicht weiß, daß der Sklave sein Sklave gewesen sei, sondern ihn für einen Sklaven seines Erblassers hält, d. h. indem er sein Eigenthum mit dem seines Erblassers verwechselt. Diese Eigenthumsverwechslung ist ein wesentlicher Irrthum, welcher die Uebereinstimmung zwischen der Erklärung und dem Willen ausschließt; denn die Erklärung des Titius: ich will diesen Sklaven an den X. verkaufen und tradiren, bedeutet nach dem allgemeinen Sinn der Tradition eines Verkäufers: ich will mein Eigenthum am Sclaven übertragen; sein Wille ist aber unter den besondern Umständen dieses Falls der: ich will das Eigenthum meines Erblassers, nicht mein Eigenthum am Sklaven übertragen. Titius hat also erklärt, was er nicht wollte, und folglich kann auch die in seinem Auftrag von mir vollzogene Tradition des Sklaven an X. sein Eigenthum nicht auf X. übertragen. Titius kann dem X. gegenüber noch immer mit voller Wahrheit intendiren: servum suum esse ex jure Qu. Aber den Kaufvertrag, der in seinem Namen von mir abgeschlossen worden ist, muß er gelten lassen, da ja für den Kaufvertrag es gleichgültig ist, wer Eigenthümer des Gegenstandes ist, wenn es nur nicht der Käufer selbst ist; und folglich kann X. seiner rei vindicatio wirksam mit einer exc. doli begegnen; Titius kann nur die hereditaria actio ex

empto, d. h. aus dem von seinem Erblasser mit dem ersten Verkäufer seines Sklaven abgeschlossenen Kaufvertrag anstellen auf praestatio des habere licere, wie immer vom Käufer und seinem Erben die Kaufklage hierauf gegen den Verkäufer angestellt werden kann, wenn sich ergibt, daß der verkaufte Gegenstand ein fremder war, und der Käufer oder sein Erbe nun deshalb aus dem Kauf nichts hat. In der That hat aber im vorliegenden Fall Titius aus dem Kauf seines Erblassers nichts; denn wenn er auch den Sklaven oder einen Kaufpreis für ihn hätte, so wäre das nur Folge seines schon längst gehabten Eigenthumsrechts am Sklaven, nicht des Kaufs seines Erblassers[2]) (vgl. L. 41 §. 1 de evict. 21, 2).

Warum mein verehrter Freund Ihering diese Auffassung des zweiten Falls der L. 49 mand. als eine „in jeder Weise unhaltbare" ansieht, weiß ich nicht; vielleicht überzeugt ihn die eben gegebene neue Darstellung derselben von ihrer Haltbarkeit.

Seine Auffassung weicht von der meinigen in folgenden Puncten ab:

1) Er nimmt an, ich selbst, der ich im Auftrag des Titius (nach Ihering's Bezeichnung B.) verkaufe (nach Ihering's Bezeichnung X.), habe dem Erblasser des Titius (A.) den Sklaven einstmals verkauft; d. h. in der L. 49 cit. müsse man in dem Satz:

> contra ego vendidi illius mandatu, quum forte is, cui heres exstiterit, eum emisset,

am Schlusse hinzudenken: a me.

2) Nimmt er an, ich hätte damals den Sklaven nicht

2) Hiernach ist zu berichtigen, was ich in den Beiträgen I. S. 200 über diesen Punct gesagt habe.

an den Erblasser des Titius (des B.) tradirt, sondern wäre im Besitz desselben geblieben.

3) Nimmt er an, der Irrthum des Titius (oder B.) als Mandanten habe darin bestanden, daß er den Mandatar, statt sich selbst für den Eigenthümer des Sklaven gehalten habe.

Es fragt sich, wie diese Annahme zu den Worten des Marcellus und seiner Beurtheilung des Falls passen.

Hier will ich nun kein großes Gewicht darauf legen, daß der Jurist, wenn er sich den Fall wirklich so, wie Ihering gedacht hätte, doch wohl in dem oben angeführten Satze geradezu gesagt haben würde: quum forte is, cui heres exstiterit, eum a me emisset, obwohl mir scheint, es wäre unverantwortlich von ihm gewesen, durch eine solch übertriebene Wortkargheit in Vorenthaltung dieser zwei Wörtchen a me dem Leser seine wahre Meinung wahrhaft neckisch zu verstecken.

Nachdrücklicher aber muß ich hervorheben, daß Marcellus dann doch wenigstens in den Schlußworten der ganzen Stelle es nicht hätte unterlassen dürfen, den sehr bedeutsamen Umstand anzudeuten, daß der venditor testatoris zugleich der Mandatar des Erben sei, der jetzt ex emto gegen ihn klage.

Ferner springt es doch in die Augen, daß die zwei Fälle, welche Marcellus zusammenstellt, nach der Art, wie er es thut, als einander ganz ähnlich gedacht werden müssen, und daß man nicht wohl eine weitere Abweichung des zweiten von dem ersten annehmen darf, als die Marcellus selbst angibt, oder die aus dem, was er angibt, mit Nothwendigkeit folgt. Nun wird aber der erste Fall so dargestellt: Servum Titii emi ab alio bona fide, et possideo. Es ist also gewiß nicht ohne Noth anzunehmen, daß im zweiten

Fall der Erblasser als bloßer Käufer, nicht auch als possessor des Sclaven zu denken sei.

Endlich aber weiß ich die Entscheidung des Marcellus über das jus evictionis im zweiten Fall mit Jhering's Auffassung desselben durchaus nicht zusammenzureimen.

Sie lautet so:

Mandator adversus venditorem testatoris sui habet ex emto jure hereditario actionem,

und setzt also mit unbedingter Nothwendigkeit voraus, daß der mandator überhaupt noch eine actio ex emto gegen den venditor testatoris sui habe. Allein das Mandat, welches Jhering zwischen ihm und diesem Letzteren annimmt, enthält unwidersprechlich eine Aufhebung des mit dem Erblasser abgeschlossenen Kaufcontrakts durch einen contrarius consensus, der ja re integra — und Jhering nimmt an, daß noch res integra sei, — die gegenseitige Obligation aus dem Kaufcontrakt ipso jure aufhebt, also auch dem Käufer die actio ex emto benimmt. Oder wäre das nicht ein vertragsmäßiges beiderseitiges Abgehen vom Kaufvertrag, wenn der Käufer dem Verkäufer aufträgt, die noch nicht überlieferte Waare, statt sie ihm zu überliefern, und wohlgemerkt — wie Jhering annimmt und vermöge der Worte der Stelle allerdings annehmen muß, ohne daß sie dadurch ihm, dem Käufer überliefert werden, ihr Eigenthum durch ihn hindurch gehen soll, — auf seine Rechnung anderweitig zu verkaufen und zu tradiren, und wenn der Verkäufer diesen Auftrag annimmt? Sollte nachher wirklich der Käufer noch eine actio ex emto gegen den Verkäufer anstellen können? Gewiß nicht! Hierin finde ich den schlagenden Beweis, daß Marcellus den fraglichen Fall sich nicht so gedacht haben kann, wie Jhering ihn versteht.

Uebrigens darf ich mir wohl erlauben, diese Gelegenheit

zu benützen, um meine bisherige Aeußerung über die L. 49 mand. noch durch folgende Bemerkungen zu ergänzen und abzuschließen.

Wenn wir keine Interpolation dieser Stelle annehmen, und ich finde keinen Grund, eine solche zu vermuthen, so muß auf dieselbe eine duplex interpretatio angewendet werden: für das Justinianische Recht die von mir in meinen Beiträgen und hier gegebene; für das Recht zur Zeit ihrer Entstehung eine etwas andere. Für das Recht dieser Zeit ist in Betracht zu ziehen, daß das Eigenthum eines Sklaven vollkommen nur durch Mancipation, nicht durch bloße Tradition übertragen werden kann. Somit hat in beiden Fällen der L. 49 cit. der selbst verkaufende und der in seinem Namen verkaufen lassende Eigenthümer ipso jure die rei vindicatio schon deshalb, weil der Käufer den Sklaven nur tradirt, nicht mancipirt erhalten hat, und also jedenfalls Jenem das nudum jus Quiritium geblieben ist, das ihn noch zu der intentio, servum suum esse ex jure Quiritium berechtigt. Es fragt sich nur, ob seine Anstellung derselben gegen den Besitzer zuzulassen sei, weil ja der Letztere bonitarischer Eigenthümer zu sein scheine? Die Worte: Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam sind nun einfach so zu verstehen. Weil Titius dem Käufer und Besitzer aus dem Kauf eviktionspflichtig ist, so müßte dem Beklagten gegen seine rei vindicatio jedenfalls die exceptio rei venditae et traditae gegeben werden, und folglich ist ihm, wenn diese Thatsachen schon in jure feststehen, die rei vindicatio gleich zu denegiren; wäre er darum, weil er quasi procurator, d. h. im Namen seines Auftraggebers verkauft hat, nicht selbst eviktionspflichtig gegen den Besitzer (obstrictus emtori), so müßte allerdings seine Anstellung der

rei vindicatio zugelassen werden, weil der Beklagte, da ihm Titius den Sklaven verkauft hat ignorans suum esse, nicht bonitarischer Eigenthümer, sondern bloßer bonae fidei possessor geworden ist. Und die nachfolgenden Worte: contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli mali summovetur, sind nun wieder so zu verstehen: der Auftraggeber bekommt die rei vindicatio, weil er jedenfalls noch das nudum jus Quiritium des Sklaven hat; aber dem Käufer wird eine wirksame exceptio doli gegen ihn gegeben, weil er gegen die bona fides handelt, wenn er den Sklaven von ihm vindicirt, den er durch seinen Mandatar an ihn verkaufen und tradiren ließ. Ob Marcellus in diesem zweiten Fall bonitarisches Eigenthum des (zweiten) Käufers zugeben oder läugnen wolle, läßt sich nicht mit Bestimmtheit aus seinen Worten entnehmen. Es ist aber, wie mir scheint, Letzteres zu vermuthen, weil sonst, wenn er nämlich die exceptio doli aus dem bonitarischen Eigenthum des Beklagten herleiten wollte, es an jeder Beziehung der Entscheidung auf die eigenthümliche Verwicklung des Falls fehlen würde. Die ganze Stelle würde trivial, wenn nicht in beiden Fällen als Ansicht des Marcellus vorausgesetzt wird, daß der Kläger mit der rei vindicatio nicht durchdringt, obwohl der Beklagte nicht bonitarischer Eigenthümer ist.

Ich wende mich nun zu derjenigen juristischen Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, welche Ihering als Ersatzmannschaft bezeichnet. Da er selbst mit dem Ausdruck: Ersatzmann nicht recht zufrieden ist, so will ich gleich von vornherein bemerken, daß in einigen von ihm übersehenen Pandektenstellen, die dieses Verhältniß besonders scharf darstellen, der Ausdruck interposita persona dafür vorkommt, und demzufolge für Ersatzmann der Ausdruck Zwischenper-

son vorschlagen, wo man dann Mittelsperson als Bezeichnung des genus, Zwischenperson und Stellvertreter als Bezeichnungen für zwei verschiedene species von Mittelspersonen gebrauchen könnte. Der terminus Zwischenperson würde sich mir als genaue Uebersetzung des Quellenausdrucks interposita persona empfehlen.

Um über einen Rechtsbegriff in's Reine zu kommen, ist es unstreitig das Gerathenste, von Erscheinungen des Rechts auszugehen, in welchen er besonders scharf und rein ausgeprägt ist. Dieses ist nun, wie man mir zugeben wird, hinsichtlich der eigentlichen, echten Stellvertretung der Fall bei dem Erwerb des juristischen Besitzes und des dadurch bedingten Eigenthumserwerbs durch freie Personen im neueren Römischen Recht. Davon also wollen wir ausgehen, wie es freilich auch Jhering thut, aber dann, wie mir scheint, etwas zu rasch auf Anderes überspringt.

Ich gebe einer von mir unabhängigen Person den Auftrag, eine abwesende Sache für mich in Besitz zu nehmen. Sie vollzieht diese Handlung, in der erklärten Absicht, mich zum Besitzer der Sache zu machen. Dadurch werde ich nun auch sofort nach dem neueren Römischen Recht Besitzer, ehe ich erfahren habe, daß es geschehen ist. Und wenn es Occupation einer res nullius oder Tradition ex justa causa ist, wodurch die Mittelsperson den Besitz für mich erlangt, so werde ich dadurch auch sofort ohne Weiteres Eigenthümer, vorausgesetzt, daß es sich um eine res nec mancipi handelt; selbst bei einer res mancipi werde ich dadurch bonitarischer, im neuesten Römischen Recht werde ich dadurch auf jeden Fall voller Eigenthümer.

Hier ist die Mittelsperson Stellvertreter. Sie erwirbt durch die juristische Handlung der Apprehension Besitz (und Eigenthum) an meiner Stelle und mit völlig gleicher

Wirkung, als wenn ich selbst die Handlung vorgenommen hätte.

Ich kann mich aber auch zum Besitz- und Eigenthumserwerb einer Mittelsperson in der Art bedienen, daß ich sie beauftrage, Besitz und Eigenthum derselben für sich, in ihrem Namen zu erwerben, und Beides dann mir zu überliefern. Vollzieht der Mittelsmann diesen Auftrag, wie er ihm gegeben ist, so hat er durch seinen Besitzerwerb nur sich selbst zum Besitzer und Eigenthümer gemacht; erst nachher muß er durch eine weitere Tradition der Sache an mich Besitz und Eigenthum auf mich übertragen.

Hier ist der allgemeine Zweck der Stellvertretung unter Umgehung eigentlicher Stellvertretung erreicht worden. Der Mittelsmann ist nicht Stellvertreter, sondern interposita persona, bloße Zwischenperson oder nach Jhering's Ausdruck Ersatzmann.

Von interpositae personae in diesem Sinn sprechen die Römischen Juristen hauptsächlich bei Schenkungen zwischen Ehegatten [3]). Ulpian sagt in L. 5 §. 2 h. t.:

Generaliter tenendum est, quod inter ipsos (conjuges), aut qui ad eos pertinent, aut per interpositas personas donationis causa agatur, non valere.

In L. 5. pr. und L. 11 §§. 2 sqq. eod. gibt er Beispiele von solchen interpositiones personarum:

In L. 5 pr. cit. schreibt er:

Si sponsus sponsae donaturus tradiderit Titio, ut is sponsae daret, deinde Titius tradiderit post nuptias secutas, si quidem eum interposuerit maritus, donationem non valere, quae post contractus nuptias per-

3) Erwähnt wird eine interposita persona in Beziehung auf Schenkungen überhaupt auch in L. 4 D. de donat. (39, 5).

ficiatur; si vero mulier eum interposuerit, jam dudum perfectam donationem, hoc est ante nuptias, atque ideo, quamvis contractis nuptiis Titius tradiderit, donationem valere.

Titius ist kein Stellvertreter, denn er soll sponsae dare, d. h. er soll als bloße Zwischenperson erst selbst Besitz und Eigenthum in seinem Namen erwerben und dann dieses erst auf die Braut übertragen, nicht blos die Sache ihr zustellen.

Wenn also der Bräutigam (einseitig) ihn als Zwischenperson gebraucht hat, so ist er dadurch in Beziehung auf die Schenkung noch außer aller Berührung mit der Braut geblieben; die Schenkung kommt erst dadurch zu Stande, daß diese Zwischenperson die Sache wirklich der Frauensperson gibt. Wenn aber die Frauensperson diese Zwischenperson aufgestellt hat, so ist die Schenkung schon durch Empfangnahme der Sache von Seiten des Titius zu Stande gekommen. Sie ist durch Interposition des Titius auf die Schenkungsabsicht des Verlobten eingegangen; dieser hat die Schenkung seinerseits durch Tradition an den Titius vollständig vollzogen, d. h. sein Eigenthum aufgeopfert und der Verlobten eine mandati actio directa auf Ablieferung der Sache gegen den Titius verschafft. Eigenthümerin wird sie freilich erst, wenn ihr Titius die Sache gibt, aber beschenkt ist sie schon von dem Augenblick an, wo Titius sie empfangen hat.

Wäre Titius Stellvertreter der Frauensperson, so müßte er von ihr aufgestellt sein, und er könnte dann ihr gar nicht erst nach der Hochzeit im eigentlichen Sinn tradiren; sie wäre ja gleich durch ihn Besitzerin geworden.

In L. 11 §§. 2 sqq. eod. handelt Ulpian von mortis causa donationes inter virum et uxorem, bei welchen sie die Absicht haben, schon bei Lebzeiten Eigenthum zu geben,

das aber wieder zurückfallen soll, wenn der schenkende Theil vor dem beschenkten stirbt. Dies hat die Wirkung, daß die Tradition vermöge der allgemeinen Ungültigkeit der Schenkungen zwischen Ehegatten zunächst wirkungslos ist, vermöge der Gültigkeit von Schenkungen zwischen Ehegatten auf den Todesfall aber in dem Augenblick wirksam wird, wo der schenkende Theil bei Lebzeiten des beschenkten stirbt [4]). Hierbei werden besonders die Folgen untersucht, welche der Gebrauch von Zwischenpersonen bei solchen Schenkungen hat. Ich will von den hierauf bezüglichen Stellen hier nur folgende aus dem §. 7 hervorheben. Es heißt hier:

Idem Marcellus tractat, si is, qui interpositus est, posteaquam dederit mulieri, decesserit vivo adhuc donatore, donationem evanescere, quia debeat aliquo momento interposito (l. interpositi) fieri et sic ad mulierem transire. Quod ita procedit, si ea cui donabatur, eum interposuit, non is, qui donabat; porro si a marito interpositus est, et res ipsius statim facta est, et si ante mortem mariti tradiderit et decesserit, traditio ejus egit aliquid, ut tamen haec traditio pendeat, donec mors sequatur.

Zunächst begegnet uns hier dieselbe Unterscheidung, wie in der vorigen Stelle, ob der schenkende Theil, oder der, welcher beschenkt werden soll, die Zwischenperson aufgestellt hat. Im ersteren Falle ist die Uebergabe an die Zwischenperson keine Schenkung, sondern ein Innominatcontrakt: do, ut uxori des. Die Frau kann möglicherweise noch ganz unbekannt mit der Schenkungsabsicht des Mannes sein. Erst wenn sie die Sache vom Zwischenmann in Empfang genom-

4) Vgl. Fitting, Ueber den Begriff der Rückziehung (Erlangen 1856) S. 110 ff.

men hat, hat sie sich schenken lassen, und nun ist es in Beziehung auf das Gültigwerden der Schenkung, als wenn ihr jetzt der Mann unmittelbar tradirte. Im zweiten Falle läßt sich die Frau sofort dadurch schenken, daß sie die Sache durch die Zwischenperson in Empfang nehmen läßt. Die Tradition an diesen von Seiten des Mannes ist eine Handlung, die vom Verbot der Schenkungen zwischen Ehegatten betroffen wird. Sie ist nichtig, kann aber wirksam werden, wenn der Mann bei Lebzeiten der Frau stirbt. Begiebt sich dieses, so entsteht nun für die Zwischenperson Eigenthumsrecht aus der vorausgegangenen Tradition; es wird dadurch auch die inzwischen erfolgte Tradition von ihrer Seite an die Frau bekräftigt, und es geht in Folge davon in demselben Augenblicke das für die Zwischenperson entstandene Eigenthum über auf die Frau. Hat diese aber die Sache von der Zwischenperson vor dem Tode des Mannes empfangen, und die Zwischenperson ist in dem Zeitpunkte, wo der Mann stirbt, nicht mehr am Leben, so bleibt nun die Schenkung ein für allemal nichtig; denn es kann nun die Tradition an die Zwischenperson für diese keine Wirkung hervorbringen; nur dadurch aber könnte die inzwischen erfolgte Tradition von Seiten der Zwischenperson an die Frau für diese wirksam werden, daß in irgend einem Augenblicke ihr interpositus Eigenthümer geworden wäre.

Hier tritt also der Unterschied zwischen der bloßen Zwischenperson und einem Stellvertreter mit der möglichsten Schärfe hervor.

Beim interpositus muß das Eigenthum durch seine Person hindurchgehen, während es beim Stellvertreter vom Veräußerer auf den Vertretenen unmittelbar übergeht. Hätte sich die Frau eines Stellvertreters bedient, so wäre die Einhändigung an ihn juristisch Tradition an sie selbst gewesen; es

wäre ganz gleichgültig, ob der Stellvertreter den Tod des Mannes erlebt hätte, oder nicht.

Es drängt sich uns nun die Frage auf: was ist nach R. R. als die Regel zu betrachten, wenn man sich beim Besitzerwerb einer Mittelsperson bedient? daß sie als Stellvertreter, oder daß sie als Zwischenperson zu betrachten sei? Man darf sich, glaube ich, keinen Augenblick besinnen, zu antworten: Stellvertretung ist als die Regel zu betrachten; **interpositio personae** kann nur unter besonderen Umständen, d. h. eben nur dann vorkommen, wo aus irgend einem Grunde die Stellvertretung umgangen werden soll. Wer wird ohne besondere Gründe einen Umweg einschlagen, wo der gerade Weg offen steht?

Daraus folgt nun, daß, wenn die Mittelsperson schlechthin den Auftrag hat, für den Auftraggeber eine Sache in Besitz zu nehmen, sie zur Stellvertretung beauftragt ist und der Auftrag einen besonderen Charakter haben muß, wenn sie nur als Zwischenperson handeln soll, und ferner, daß der Tradent ohne besondere Gründe eine Mittelsperson immer als Stellvertreter anzusehen hat; ebenso auch der Richter, welcher die Wirkung eines Besitzerwerbs durch eine Mittelsperson zu beurtheilen hat.

Uebrigens muß ich noch das bemerken: ein zur Stellvertretung Beauftragter kann sich ohne Zweifel auch als bloße Zwischenperson gehaben, und dies wird entschieden der Fall sein, wenn er dem Tradenten gegenüber sich so erklärt, als wolle er für seine Person den Besitz erlangen. Auch wenn der Tradent weiß, daß er zur Stellvertretung bevollmächtigt ist, ihm aber auf eine solche Erklärung hin tradirt, muß er dann für die Wirkungen des Geschäfts als bloße Zwischenperson behandelt werden. Will er aber bloß Zwischenperson sein, ohne es zu erklären, und der Tradent behandelt ihn als

Stellvertreter, wie er auch als solcher bevollmächtigt ist, so treten die Wirkungen der Stellvertretung ein. So ist ohne Zweifel die L. 13 de donat. (39, 5) zu verstehen, welche, wie mir scheint, eben von dieser Unterscheidung zwischen Stellvertreter und Zwischenperson aus das rechte Licht erhält. Die L. 37 §. 6 de A. R. D. (41, 1) muß von einer Tradition verstanden werden, wobei sich der Procurator ausdrücklich als bloße Zwischenperson darstellt, oder als Einer, der überhaupt gar nicht zu Gunsten seines Herrn erwerben wolle, während der Tradent ihm mit der Erklärung tradirt, er gebe ihm die Sache für seinen Herrn. In diesem Falle hat die Tradition gar keine juristische Wirkung, als Tradition nämlich; der Tradent verliert freilich den Besitz, keineswegs aber das Eigenthum; der Procurator erwirbt juristischen Besitz, aber wie wenn er die Sache occupirt hätte.

Die vielbesprochene L. 59 de A. R. D. (41, 1) wird vollkommen begreiflich, wenn man dabei eine interpositio personae denkt; nur ist es allerdings den Compilatoren vorzuwerfen, daß sie die Stelle aus einem Zusammenhange gerissen haben, der es deutlich gemacht haben wird, daß dabei von einer interpositio personae die Rede sei [5]).

Indem ich mit diesen Bemerkungen die trefflichen Ausführungen meines gelehrten Freundes über den Ersatzmann beim Erwerb des Besitzes und Eigenthums nur theils ergänzen, theils unterstützen wollte, möchte ich vorschlagen, daß wir nun vor Allem erst noch ein wenig bei der Frage ver-

5) Schon in den Beiträgen Bd. 1 S. 203 habe ich bemerkt, es könne diese Stelle so verstanden werden, daß dabei vorausgesetzt werde, der Mandatar erwerbe den Besitz einstweilen bloß für sich selbst, mit dem Vorbehalt, ihn nachher erst dem Principal durch eine neue Tradition zu überliefern. Insofern thut mir Ihering S. 325 Note 55 ein wenig Unrecht.

weilen, ob denn wirklich dieser Gegensatz zwischen Stellvertreter und Ersatzmann (oder Zwischenperson) ganz ebenso auch bei obligatorischen Geschäften vorkommt und vorkommen kann?

Beim Besitz- und Eigenthumserwerb des Stellvertreters geht die juristische Wirkung seiner Apprehension ganz an ihm vorüber; er bleibt für sie ganz aus dem Spiel. Umgekehrt bleibt bei der Zwischenperson der Interponent von dessen Apprehension völlig unberührt; es muß ein ganz neuer juristischer Akt auf sie folgen, um ihre Wirkung auf den Interponenten überzuleiten; bis dahin, und wenn dieser zweite Akt unterbleibt, immerwährend, verändert sich für den Interponenten dadurch nicht das Mindeste.

Kann nun das Contrahiren für einen Andern und in dessen Namen den Contrahenten ebenso unberührt lassen, kann umgekehrt das Contrahiren für einen Andern im eigenen Namen ebenso unbedingt etwas an dem dominus negotii spurlos Vorübergehendes seyn?

Auf den ersten Theil dieser Frage wird uns Ihering in der Fortsetzung seiner Abhandlung antworten. Ich meines Theils bekenne zunächst nur, daß mich in diesem Punkte Thöl durch seine Ausführung in der dritten Auflage seines Handelsrechts Bd. I §. 25 Anm. 2 ganz zu seiner Ansicht bekehrt hat.

Auf den zweiten Theil der Frage antwortet Ihering schon in dem bereits vorliegenden Theil seiner Abhandlung, und ich werde gleich nachher näher auf diese Antwort eingehen. Vorher aber erlaube ich mir noch Folgendes zu bemerken.

Der Ausdruck: Handeln in fremdem Namen, im Namen eines Andern (alieno nomine) ist kein völlig sicheres Kennzeichen für den Ersatzmann oder die Zwischenperson im Gegensatz zum Stellvertreter.

Dafür scheint mir ein unwiderleglicher Beweis dadurch

gegeben zu sein, daß in der Römischen Rechtssprache der Ausdruck alieno nomine agere auch von solchen Prozeßführern für Andere gebraucht wird, welche für diese keineswegs rem in judicium deducunt.

Der procurator absentis bringt durch seine Prozeßführung keinerlei Wirkungen für die Partei hervor, welche er vertritt, Ihering muß ihn also gewiß einen Ersatzmann nennen und zugestehen, daß er kein Stellvertreter sei, obgleich von ihm nicht gesagt wird, daß er suo nomine, sondern immer, daß er alieno nomine agit.

Sollte also nicht auch von einem Bevollmächtigten, der für seinen Vollmachtgeber einkauft, dabei aber nur das Vertrauen der Verkäufers zu seiner eigenen Redlichkeit und Zahlungsfähigkeit in Anspruch nimmt, gesagt werden können: alieno nomine emit, obwohl er dann gewiß (ich darf Ihering's Zustimmung aus S. 330 entnehmen) vielmehr Ersatzmann als Stellvertreter wäre, auch wenn er dem Verkäufer seine Bevollmächtigten-Eigenschaft keineswegs verschwiege?

Wir müssen uns also gewiß hüten, auf die Worte suo nomine und alieno nomine in den Quellen zu viel Gewicht zu legen.

Ich behaupte: beim Contrahiren sind Mittelspersonen (sofern sie nicht bloße Gehülfen sind), nach Römischem Recht immer eigentlich das, was beim Besitz- und Eigenthumserwerb interposita persona genannt wird; nur daß dort (beim Contrahiren) häufig ohne einen weiteren juristischen Akt gewisse Wirkungen ihres Contrahirens für den dominus negotii eintreten, und dadurch die Bedeutung ihrer Thätigkeit sich der wahren Stellvertretung nähert, so aber, daß umgekehrt dieses theilweise auch da eintreten kann, wo im Ganzen völlige Umgangnahme von der Stellvertretung beabsichtigt wird.

Ich berufe mich dafür zunächst gar nicht auf das Corpus juris, sondern auf die Natur der Sache.

Beim Erwerb von Sachen zu Besitz und Eigenthum handelt es sich einfach um Hereinziehung eines gegebenen Rechtsobjects in das rechtliche Herrschaftsgebiet einer Person. Hieraus ergiebt sich ganz von selbst die doppelte Möglichkeit, daß A. die Sache entweder aus dem Gebiete des B. zuerst in das seinige und dann aus dem seinigen in das des C., oder daß er es gleich aus dem des B. in das des C. bringe, ohne es durch das seinige hindurchzuführen.

Beim Contrahiren aber handelt es sich darum, ein Rechtsobjekt erst zu schaffen, und zwar kein äußerliches Rechtsobjekt, sondern ein ganz subjektives, persönliches Rechtsverhältniß. A. muß sich in dieses Verhältniß zu B. versetzen; er kann sich dabei nicht aus dem Spiel lassen, wie er beim Erwerb der Sache sein Rechtsgebiet umgehen kann. Nur das Recht selbst kann die Wirkungen dieses Verhältnisses ohne sein Zuthun an eine andere Person anknüpfen, jenachdem es das Bedürfniß des Lebens erheischt, wird dann aber auch nicht schlechthin daran gebunden sein, ob dies dem Willen der Parteien gemäß ist, oder nicht.

Wir wollen nun aber allerdings auch sehen, was das Römische Recht dazu sagt.

Unterscheiden wir genau die verpflichtende und die berechtigende Wirkung des Contrahirens für Andere!

Für die verpflichtende Wirkung kommt es vor Allem darauf an, ob die contrahirende Mittelsperson, mag sie nun als solche sich dem Mitcontrahenten darstellen, oder nicht, das Vertrauen des Letzteren auf ihre eigene Redlichkeit und Erfüllungsfähigkeit in Anspruch nimmt, oder auf die ihres Principals.

Verpflichtet wird sie selbst principaliter in beiden Fällen,

aber im ersteren Falle wird sie in der Regel nicht bloß principaliter, sondern allein verpflichtet; im letzteren Falle wird sie nur principaliter verpflichtet, und in der Regel der Principal neben ihr.

Ihering behauptet, sie wird im ersten Falle immer ganz allein, nicht bloß principaliter verpflichtet, und ist dabei kühn genug, sich zuerst auf L. 13 C. si certum pet. (4, 2) zu berufen, die scheinbar das Gegentheil sagt:

> Eum, qui mutuam sumsit pecuniam, licet in res alienas, creditore non contemplatione domini rerum eam foenori dante, principaliter obligatum obnoxium remanere oportet.

In der That ist aber diese Stelle ihm wenigstens nicht entgegen. Zwar ist es sprachlich unmöglich, principaliter obligatum, wie er will, so zu übersetzen: er bleibt eigentliches Subjekt der Obligation. Allein principaliter obligatum bildet hier nicht den Gegensatz zu einer accessorischen persönlichen Verpflichtung des dominus rerum, sondern nur zu der accessorischen obligatio rerum domini. Pecuniam sumsit in alienas bedeutet: er hat das Geld auf fremde Sachen, d. h. unter Verpfändung fremder Sachen aufgenommen. Demgemäß bleibt der Darlehnsempfänger, welchem der Kapitalist das Geld ohne Rücksicht auf den persönlichen Credit des Eigenthümers der verpfändeten Sachen gegeben hat, allein persönlich verhaftet, so daß seine obligatio das principale Rechtsverhältniß ist, und die obligatio rerum das accessorische. Der Pfandeigenthümer bleibt ganz aus dem Spiel. Es handelt sich aber hier überhaupt gar nicht um ein Contrahiren für einen Andern, wenigstens muß es ganz dahin gestellt bleiben, ob das Darlehnsgeschäft, wie es hier vorgelegt wird, diese Bedeutung hatte.

Die Regel gebe ich übrigens Jhering überhaupt zu; aber die Ausnahmslosigkeit derselben muß ich bestreiten. Denn

1) sehe ich durchaus nicht ein, warum man dem Bedürfniß des Lebens zum Trotz die von Jhering S. 342 ff. angeführten Stellen so einengend auslegen müßte, daß die Klage, welche sie dem dritten Contrahenten gegen den, für welchen contrahirt worden ist, wegen versio in rem domini geben, nur anwendbar sein sollten, wenn ausdrücklich in dessen Namen contrahirt worden ist. Es spricht doch die unläugbarste Billigkeit dafür, daß, wenn die contrahirende Mittelsperson erfüllungsunfähig ist, dem dritten Contrahenten, soweit das, was er gegeben hat, den bereichert hat, für welchen contrahirt wurde, auch eine Klage gegen diesen gegeben wird, mag der dritte Contrahent auch immerhin beim Contrahiren nichts davon gewußt haben, daß für ihn contrahirt werde.

2) gebe ich zu, daß der dritte Contrahent nicht schlechthin die Cession der Klage der Mittelsperson gegen ihren Mandanten verlangen, und also auch nicht ohne Weiteres eine utilis actio gegen diesen anstellen kann. Aber es wäre doch offenbare Chicane, wenn die zahlungsunfähige Mittelsperson weder selbst die actio mandati contraria gegen ihren Mandanten anstellen, noch sie dem dritten Contrahenten abtreten wollte. Und so müßte dann, meine ich, doch auch dem Letzteren unter Umständen eine utilis actio gegen den Mandanten gegeben werden.

Denken wir uns nur folgenden Fall. A. ersucht den B., ihm einen Reisewagen insgeheim zu verkaufen. B. verkauft ihn an C., als wenn er sein eigener wäre. Vor der Ablieferung nimmt ihn A. wieder zurück, und will von seinem Auftrage nichts mehr wissen. C. will nun den Wagen von B. haben, indem er sich bereit erklärt, den Kaufpreis zu ent-

richten. B. theilt dem C. den ganzen Hergang mit, der zugleich erfährt, daß B. zahlungsunfähig ist. Soll es jetzt auf den guten Willen des B. ankommen, ob C. die Erfüllung des Kaufvertrags erzwingen kann, oder nicht? Soll C., wenn B. seine Klage gegen A. weder anstellen noch sie dem C. abtreten will, keine utilis actio gegen A. haben?

Was die berechtigende Wirkung des Contrahirens für Andere anlangt, so muß man gegenseitige und einseitige Obligationen unterscheiden. Bei den ersteren ist die berechtigende Wirkung durchaus durch die verpflichtende bedingt. Bei der letzteren wird natürlich in der Regel der in eigenem Namen Contrahirende auch allein berechtigt. Aber sofern sein Mandant von ihm Abtretung seiner Klage gegen den dritten Contrahenten verlangen kann, muß er diese auch allenfalls als utilis actio ohne Cession anstellen können. Z. B. Jemand hat als negotiorum gestor mein Geld darlehensweise als sein Geld einem Dritten gegeben; wenn der negotiorum gestor verschollen ist, muß ich die Darlehensklage gegen den Dritten ohne Weiteres als utilis actio anstellen können. Darüber ist Ihering mit mir einig.

Aus allem Diesem aber ergibt sich, wie mir scheint, daß bei Contrakten der Gegensatz zwischen Stellvertretern und Ersatzmännern oder bloßen Zwischenpersonen nicht ganz derselbe ist, wie bei dem Erwerb von Besitz und Eigenthum. Die Richtigkeit und Wichtigkeit eines ähnlichen Gegensatzes bei Contrakten zu bestreiten, bin ich weit entfernt, im Gegentheil will ich schließlich noch darauf aufmerksam machen, daß die interpositio personae im R. R. auch hier, wie beim Besitz- und Eigenthumserwerb in mehrfachen Anwendungen vorkommt, welche besonders geeignet sind, eine klare Anschauung des von Ihering betonten Unterschieds zu gewähren. Der interpositus erscheint hier vorzugsweise als ein „Vorgescho-

bener," hinter welchem gleichsam der eigentliche Contrahent versteckt werden soll [6]).

So in L. 32 §. 2 D. ad SC. Vellej. (16, 1), wo des Falles gedacht wird, daß die Intercession einer Frau für ihren Mann die Form eines Kaufgeschäfts zwischen dem Gläubiger des Mannes und der Frau annimmt, was zur Folge hat, daß die Letztere, wenn sie die Sache vom Gläubiger vindicirt, seiner exceptio rei venditae et traditae mit einer replica Scti. Vellejani begegnen kann. Et hoc procedit, fährt Pomponius fort, sive ipse creditor emerit, sive interposuerit alium, quo mulier ea ratione careat re sua. Der Dritte wird vorgeschoben, um an Statt des Gläubigers, aber nicht als sein Stellvertreter mit der Frau zu contrahiren. Das SC. Vellejanum wird aber doch angewendet, als wenn die Frau mit dem Gläubiger selbst contrahirt hätte.

In L. 32 §. 4 D. de adm. et peric. (26, 7) ist von einem interpositus curator in dem Sinne die Rede, daß dieser bei dem Verkauf des Grundstücks eines Minderjährigen vorgeschoben worden ist, um das Geschäft nicht als das eines Minderjährigen erscheinen zu lassen. Der Vormund hat das Grundstück verkauft, als wenn es sein eigenes wäre. Natürlich wird aber dann fraude agnita restituirt.

In enger Verwandtschaft mit solchem Contrahiren durch interpositae personae stehen Vermächtnisse, welche zum Inhalt haben, daß der Vermächtnißnehmer das Empfangene einem Dritten herausgeben soll, wie denn auch ein solcher in L. 57 D. ad leg. Falcid. (35, 2) geradezu als interpositus bezeichnet wird. Man könnte sagen, daß auch das fidei-

6) So auch der interpositus für Besitz- und Eigenthumserwerb im Fall der L. 12 D. si quid in fraudem patr. (38, 5). Vgl. L. 14 D. quae in fraud. cred. (42, 8).

commissum hereditatis auf einer interpositio personae beruhe [7].

---

7) In L. ult. D. de sponsalib. (23, 1) scheinen die interpositae personae bloße Gehülfen zu sein. In L. 3 pr. D. ratam rem (46, 8) bedeutet interpositus procurator wohl einfach einen zur Klageerhebung „aufgestellten" Anwalt.

II.

Zur Theorie der Reallasten.

Von

Gerber.

1.

Die große Verschiedenheit der Ansichten, welche über die rechtliche Natur der Reallasten aufgestellt werden, scheint auf eine völlige Unversöhnlichkeit wissenschaftlicher Gegensätze zu deuten. Eine solche ist aber in Wahrheit nur scheinbar vorhanden. Würde man sich vorher über die Stellung dieser Lehre im heutigen Rechtsleben überhaupt verständigt haben, so wären, denke ich, manche jener Gegensätze gar nicht hervorgetreten, und für andere wäre die Vermittlung erleichtert worden.

Es kommt wohl Alles darauf an, ob der heutige Dogmatiker die Reallasten lediglich und allein in der Verbindung auffaßt, in welcher dieses Institut zum Rechtsleben des Mittelalters stand, ob er es nur in seiner mittelalterlichen Bedeutung anerkennt und in dieser für abgeschlossen erklärt, — oder ob er ihm auch im Rechtssystem der Gegenwart eine lebensvolle Stellung anweisen zu dürfen glaubt.

Denn darüber wird Niemand zweifelhaft sein, daß der Geist des heutigen sehr verschieden ist von dem Geiste des mittelalterlichen Privatrechts, und daß manches deutsche Rechtsinstitut, um in der Sphäre des heutigen Rechts zu gelten, eine Fortbildung erfahren muß, welche es unter Umständen

von den Gesichtspunkten des mittelalterlichen Rechtes ablösen und an wesentlich andere Ausgangspunkte anknüpfen wird.

Das mittelalterliche Privatrecht setzt meistens eine gebundene Güterwelt voraus. Der ökonomische Zustand des Mittelalters ist größtentheils der der Naturalwirthschaft, gegründet auf eine zahllose Menge einzelner genossenschaftlicher Verbände, in welchen die Bedürfnisse des Lebens nach den verschiedensten Richtungen in Leistung und Gegenleistung befriedigt werden. Jeder dieser Rechtskreise — Lehnsverhältniß, Grundherrlichkeit, Gemeinde- und Markverband u. s. w. — bildet ein in gewisser Hinsicht abgeschlossenes Ganze, in welchem nicht nur materiellen Ansprüchen, sondern auch der Forderung öffentlichen Schutzes und Friedens genügt wird. Daher ist der Gehalt dieser Verbindungen auch keineswegs ein bloß privatrechtlicher, vielmehr zum überwiegenden Theile ein politischer, und der Schwerpunkt liegt überhaupt weniger in dem juristischen, als in dem ökonomisch-socialen Elemente der Verhältnisse. In keinem Falle hätte es einen gesunden Sinn, wenn man für die mittelalterliche Anschauung bemüht wäre, das privatrechtliche Element aus seiner gewiß unlösbaren Verbindung mit jenen anderen Bestandtheilen zu scheiden; man müßte dabei voraussetzen, daß es schon zu jener Zeit als ein Selbständiges gedacht worden wäre, was doch in keiner Weise der Fall ist. In solchen Verhältnissen gemischter Art ist der größte Theil der Güterwelt des Mittelalters gefesselt; die Unmittelbarkeit und Freiheit der individuellen Herrschaft über die Güter fehlt dieser Zeit in vieler Hinsicht, und meist nur innerhalb jener genossenschaftlichen Verbände wird eine Bewegung gestattet und anerkannt [1]).

1) Nicht ohne mannichfaltiges Interesse ist es, zu beobachten, wie auch im neusten Rechtsleben wieder ein Associationstrieb Geltung

In demselben Maße nun, als dieser Zustand volkswirthschaftlicher Gebundenheit des Mittelalters zerbröckelte, entwickelte sich das Privatrecht zur Selbständigkeit und Freiheit. Statt ein bloßes Bindeglied in jenen Rechtskreisen zu sein, die einmal im geschichtlichen Werden gegründet unantastbar erschienen, wurde es allmählich zu einem System freier Möglichkeiten der individuellen Beherrschung der Dinge, welche meistentheils keine besonderen geschichtlichen und socialen Verhält-

erlangt hat, der zwar an Macht und Bedeutung hinter dem des mittelalterlichen Genossenschaftswesens nicht zurücktritt, aber innerlich einen völligen Gegensatz hierzu bildet. Die mittelalterlichen Genossenschaften sind das natürliche Product einer durch strenges Festhalten an der ursprünglichen Ständegliederung und Landverfassung gegebenen Organisation, der der Einzelne sich unterordnet, indem er in der geschlossenen, durch höhere Fügung geschaffenen Ordnung verharrt. Die heutigen Genossenschaften, insbesondere die neusten Aktienvereine, sind Schöpfungen willkührlichen Entschlusses und beruhen auf der Voraussetzung einer gränzenlosen Beweglichkeit allen Vermögens. Während die mittelalterliche Genossenschaft das einzelne Mitglied nach seiner ganzen Persönlichkeit als Mensch, als Bürger, als Vermögensbesitzer einschließt, daher in der Regel auf einer bestimmten örtlichen Basis ruht, nimmt die moderne Genossenschaft ihre Mitglieder nur in Rücksicht auf einen Geldbeitrag in Anspruch, ist gleichgültig gegen jede Individualität der Person und der örtlichen Niederlassung und umfaßt alle denkbaren Güter und Interessen der Welt, je nach der einzigen Rücksicht, ob sie einen Geldgewinn versprechen. Jene alten Genossenschaften tragen das Princip des strengsten Conservatismus in sich, da sie eine in objektiver Ordnung geschlossene Welt repräsentiren; die neueren Genossenschaften enthalten das Princip einer unaufhaltsamen Destruction, da sie die wirthschaftlichen Werthe gewaltsam von ihrer natürlichen und individuellen Basis trennen und willkührlich in dem unmenschlichen und abstrakten Interesse des Geldgewinns vereinen. Wenn man von dem deutschen Associationstriebe redet, sollte man doch diese moderne Erscheinung nicht in Verbindung mit den mittelalterlichen Genossenschaften bringen, und die ungeheure Kluft ermessen, die zwischen beiden in der Mitte liegt.

nisse, sondern nur die unmittelbare Kraft der Persönlichkeit zur Voraussetzung haben.

Auch das römische Recht hat sein Mittelalter gehabt. Auf dieser Stufe seiner Ausbildung hat es die größte Verwandtschaft mit dem germanischen Rechte, und nur auf diesem Punkte der Entwicklung sollten beide Rechte verglichen werden. Das römische Volk hat nun im raschen Flusse des städtischen Lebens sein Mittelalter bald und selbständig überwunden, und sein Recht hat diesen Entwicklungsproceß begleitet; das deutsche Volk ist sehr allmählich aus seinem Mittelalter hervorgetreten, und seinem eigenen Rechte war es nicht beschieden, dieser Bewegung zu folgen, sondern man eignete sich frühzeitig jenes bereits zur Vollendung des privatrechtlichen Princips gediehene Recht des römischen Kaiserthums an. Man kann streiten, welcher Gesichtspunkt der überwiegende sei: die Betrachtung, welche die Aufnahme des römischen Rechts als eine natürliche Wirkung des mit dem Verlassen des Mittelalters entstandenen Bedürfnisses würdigt, oder die Anschauung, welche der Reception des fremden Rechts in dem Kampfe gegen das Mittelalter die Rolle einer mitwirkenden Kraft beilegt.

Jedenfalls kann es nicht verkannt werden, daß das Privatrecht unserer Zeit im Ganzen den Standpunkt eines Systems freier Willensmöglichkeiten behauptet. Denn der größte Theil desselben wird ja durch das römische Recht geboten, und ein nicht unbedeutender Theil des deutschen Rechts ist ihm darin völlig gleichartig. Dahin gehören vor Allem die neuen Rechtsbildungen in der Sphäre des Handelsobligationenrechts und des Hypothekenrechts. Sodann auch gar manche noch geltende Rechtsinstitute und Rechtssätze des älteren deutschen Rechts; denn auch das Mittelalter hatte, wie dieß nicht anders sein konnte, neben der Sphäre der oben geschilderten gebundenen Rechtsverhältnisse ein Gebiet freien recht-

lichen Handelns [2]). Ein anderer Theil des Stoffes hingegen, welchen das heutige deutsche Recht behandelt, steht wenigstens in seiner geschichtlichen Erscheinung mit jenem modernen Princip des Privatrechts im Gegensatze. Dahin gehören alle jene Rechtsverhältnisse der eigenthümlichen social-politischen Organisation des Mittelalters, die bäuerlichen Gutsrechte mit ihren s. g. feudalen Lasten, das Lehnrecht, das adliche Stammgut u. s. w., welche sich im heutigen Rechtsleben als vereinzelte Erscheinungen erhalten haben. Es fragt sich nun, wie diese beiden innerlich verschiedenartigen Partieen in einem wissenschaftlichen Systeme vereinigt werden können?

Manche Schriftsteller helfen sich mit der Anerkennung eines doppelten Princips des Systems. Auf der einen Seite stellen sie ein allgemeines Landrecht dar, das jene freien Rechtsinstitute umfaßt, auf der anderen Seite eine Gruppe

---

2) Dieß gilt namentlich von dem Obligationenverkehr im täglichen Geschäftsleben. Daß hierin das deutsche Recht — namentlich die Rechtsbücher und städtischen Statuten — ein reiches Material bietet, ist von mir nie verkannt worden. Nur habe ich nie finden können, daß dieses deutsche Obligationenrecht im Ganzen den Stempel einer besonderen nationalen Individualität trägt, wie dieß beim Sachen- und Erbrecht so sehr der Fall ist. Meist handelt es sich um Anläufe, welche aus Veranlassung eines Rechtsfalls gemacht, aber in der Regel nicht bis zum Ziele eines principiellen Satzes fortgeführt werden. Dieß ist es, was ich im System des deutschen Privatrechts §. 153 ausdrücken wollte. Stobbe (Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts 1855. Vorrede S. V) tadelt dieß, spricht aber S. IX ganz den gleichen Gedanken aus, wenn er sagt: „Weil — die Freiheit der Contrahenten durch nichts eingeengt war, stellte sich — auch nicht so früh als bei den Römern das Bedürfniß ein, die einzelnen Verträge nach ihrem Inhalt von einander zu sondern und bestimmte ihrer Physiognomie nach fest gesonderte Gattungen aufzustellen u. s. w.“ Damit bin ich vollständig einverstanden, und somit beruht wohl jener Tadel nur auf einem Mißverständnisse.

von Separat- oder Ständerechten, welche unter Anderem auch die gebundenen Rechtszustände des Mittelalters enthalten. Diese Methode scheint sich in mehrfacher Hinsicht zu empfehlen. Sie ist bequemer und leichter, weil es dabei lediglich auf eine äußerliche Schilderung der Zustände ankommt, welche nicht ängstlich bemüht ist, die verschiedenen darin liegenden Elemente zu sondern; sodann führt sie jene Zustände in der Totalität ihrer Erscheinung vor die Augen des Lesers, also auch mit ihren nichtjuristischen, oder wenigstens nichtprivatrechtlichen Bestandtheilen, und zwar in dem Rahmen der ganzen politisch-socialen und wirthschaftlichen Situation, aus der sie hervorgegangen sind. Es ist unzweifelhaft, daß auf diese Weise eine allgemeine Anschaulichkeit des Gesammtbildes vermittelt wird.

Andererseits ist freilich nicht zu verkennen, daß diese Methode keine streng wissenschaftliche ist. Sie verläßt das Princip der Privatrechtswissenschaft und setzt an seine Stelle das Princip der geschichtlichen Darstellung, welche ihren Stoff nicht als ein System privatrechtlicher Willensrichtungen, sondern als historisch hergebrachte Zustände auffaßt. Sie verzichtet als eine bloße Constatirung geschichtlich gewordener Verhältnisse auf das, was man juristische Construction nennt. Daher untersucht sie nicht ihren eigentlich privatrechtlichen Gehalt, sondern beschreibt sie mit all ihrem Beiwerk der verschiedensten Art.

Im Gegensatze zu dieser Methode steht die andere, ungleich schwierigere, welche auch das System des deutschen Privatrechts nach einem einheitlichen specifisch juristischen Principe, d. h. wissenschaftlich zu beherrschen strebt. Sie besteht darin, zu versuchen, ob sich nicht auch in der Fülle jener gebundenen Zustände des Mittelalters ein juristischer Gedanke von allgemeiner Construirbarkeit entdecken läßt, der eine ho-

mogene Gestaltung im Verhältniß zu den übrigen Bestandtheilen des Privatrechts gestattet. Das so gefundene privatrechtliche Element muß sodann von seiner Verbindung mit rein geschichtlichen Stoffen gelöst und in der Weise entwickelt werden, daß seine Eigenthümlichkeiten sich als allgemeine Möglichkeiten des menschlichen Willens darstellen. Es handelt sich darum, eine im Rechtsleben des Mittelalters erzeugte Rechts*form* zu conserviren und auszubilden, um sie, wenn ihr geschichtlicher *Gehalt* in den Krisen neuerer Volksbewegungen untergegangen ist, zur Aufnahme eines neuen *Inhalts* empfänglich zu machen [3]). Unser Privatrecht erhält dadurch (gegenüber dem reinen römischen) eine höchst wünschenswerthe Bereicherung. Denn wenn auch nicht zu läugnen ist, daß das oben bezeichnete moderne Princip des Privatrechts das richtige und durchaus berechtigte ist, so ist doch damit keineswegs ausgesprochen, daß nun alle Rechtsinstitute so beschaffen sein müssen, daß die ihnen entsprechenden Rechtsverhältnisse sich lediglich in der Sphäre individueller Willensbestimmung bewegen; auch unsere Zeit hat das Bedürfniß nach Rechtsverhältnissen von dauernderem Bestande, als diejenigen sind, welche jederzeit durch persönlichen Entschluß gelöst werden können, und ich verweise nur auf das Familienfideikommiß, dem sich in dieser Hinsicht die Reallast an die Seite stellen läßt. — Es ist sehr kurzsichtig, wenn man von dieser Methode, durch welche solche Rechtsformen für gewisse Interessen unserer Zeit ausgebildet werden, behauptet, sie sei keine germanistische; das ist sie vielmehr in Wahrheit, und ihr Gegensatz zu jener anderen

---

3) Dieser Fall, wo ein Rechtsinstitut seine ursprüngliche Seele mit einer anderen vertauscht, ist im deutschen Rechte mehrfach zu beobachten. Man denke an die verschiedenen Ideen, welche im Laufe der Zeit der Geschlechtsvormundschaft und der gerichtlichen Auflassung untergelegt worden sind.

Methode ist nur der, daß sie ein juristisches, jene nur ein geschichtliches Princip hat. Noch weniger ist man berechtigt, zu sagen, sie beeinträchtige den Charakter der deutschrechtlichen Stoffe, da sie dieselben privatrechtlich vielmehr erst wirklich producirt.

Ueber die Gegensätze dieser Methoden muß man sich zuvörderst verständigen, ehe man die Verschiedenheit der Ansichten im Einzelnen würdigt. Wer jener Methode folgt, hat gar nicht dieselbe Aufgabe, als der, welcher sich die letztere aneignet.

Wenden wir nun diese Betrachtung auf die Bearbeitung der Lehre von den Reallasten an, welche ohne Zweifel recht eigentlich in den Kreis jener gebundenen mittelalterlichen Verhältnisse gehören. Denn obschon sie vielfach auch durch freie Rechtsgeschäfte, wie z. B. Schenkung von Realrenten und Rentenkauf, begründet wurden, so waren sie doch am häufigsten nur das nicht abtrennbare Product einer unauflölichen social-politischen Verbindung zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten, insbesondere der hoheitlichen Stellung des Zinsherrn gegenüber dem pflichtigen Bauern. Es kommt nun Alles darauf an, ob man für die Darstellung des heutigen deutschen Privatrechts die Aufgabe der Behandlung der Lehre von den Reallasten nur darin erblickt, die geschichtlich aus dem Mittelalter hergebrachten Fälle zu charakterisiren, — alsdann läßt sich nichts Wesentliches einwenden, wenn man sie als „Hoheitsrechte,“ als „dinglich-persönliche,“ oder als „persönliche Rechtsverhältnisse im Gewande des Immobiliarsachenrechts“ u. s. w. schildert [4]); oder ob man von einem wirklich

4) Manche Theorieen sind aber selbst von diesem Gesichtspunkte aus unerträglich; dahin rechne ich vor Allem diejenige, welche das Grundstück personificirt und zum verpflichteten Subjekte macht. Man sollte doch endlich einmal aufhören, in Ausdrücken, wie: „die Last ruht auf dem Grundstücke,“ „das Haus lehnet und zinset,“ etwas

dogmatischen Gesichtspunkte ausgeht, und die Frage aufwirft: ist in der Gesammtheit der dem mittelalterlichen ökonomisch-politischen Zustande angehörenden Verhältnisse, in denen die Reallast ihren Sitz hat, ein juristischer Gedanke enthalten, der völlig unabhängig von jenen zum Theil überwundenen Zuständen auch zukünftig als Inhalt eines Personenwillens gelten kann, — ein Rechtsinstitut, das auch in der Sphäre unserer veränderten Interessenverhältnisse Anwendung finden kann, wenn immerhin in der Beseitigung der s. g. Feudallasten des Mittelalters die wichtigsten Fälle seiner Anwendung getilgt sind?

Nur diesen letzteren Gesichtspunkt wollen die nachstehenden Erörterungen vertreten [5]).

2.

Man darf das Wesen der Reallast dahin charakterisiren, daß es die Verpflichtung zu fortgesetzten, periodisch fällig werdenden Leistungen sei, welche dem Besitzer eines bestimmten Grundstücks als solchem obliege. Sogleich treten uns hierbei

Anderes zu erblicken als die bildliche und als solche ganz entsprechende Ausdrucksweise des Laien, und den Beruf des Juristen in etwas Anderem als in einer Fortsetzung der Anschauung des Laien erblicken.

5) Dabei darf nicht unbemerkt bleiben, daß das leitende juristische Princip dieser Anschauung allerdings schon in den Reallasten gegeben ist, welche auch im Mittelalter durch freie Geschäfte, insbesondere den Rentenkauf, begründet wurden. Denn auch bei ihnen ist die reale Obligirung schon das Produkt eines einfachen privatrechtlichen Willens. Während sie aber früher in der gesammten Gruppe der Erscheinungen des Instituts nur die Rolle abgeleiteter und secundärer Bildungen hatten, so machen wir sie jetzt zum Träger des privatrechtlichen Normaltypus. Zu dieser Betrachtung über die veränderte privatrechtliche Stellung dieser Art der Reallasten kommt dann noch die Betrachtung über die Veränderung des ökonomischen Gebiets ihrer Wirksamkeit, welche für die rechtliche Beurtheilung von erheblicher Bedeutung ist.

zwei verschiedene Elemente entgegen, 1) der eigentliche Inhalt des Verhältnisses zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten, nämlich die Leistung, 2) die Verbindung dieser Verpflichtung mit einem Grundstück. Obschon beide zusammen erst den Begriff der Reallast vollständig erfüllen, so wollen wir doch hier das eine nach dem andern besonders in Erwägung ziehen.

Die Verpflichtung zu regelmäßig wiederkehrenden Leistungen ist das principale Element, das den Gattungsbegriff des Verhältnisses feststellt. Es handelt sich mit einem Worte um eine Obligation. Der Berechtigte hat ein Recht auf Handlungen des Verpflichteten. Es ist gleichgültig, welches das Objekt der letzteren ist, ob Geldleistungen (Zinsen, Gülten), ob Früchte (Fruchtzinsen, Zehnten), ob Arbeit (Frohnden); heutzutage wird das praktische Objekt am passendsten mit dem Worte „Renten" bezeichnet werden können.

Alsbald tritt uns hier eine bemerkenswerthe Eigenthümlichkeit dieser Obligationen entgegen, die sie sehr wesentlich von andern Forderungsrechten unterscheidet. Es ist bekannt, daß die Obligationsverhältnisse in der Regel nicht, wie die meisten dinglichen Rechte, den Charakter der Stetigkeit haben; regelmäßig liegt es in der Natur der Obligationen, ihrer eigenen Zerstörung entgegenzustreben, sie sind Wunden am Vermögenskörper des Schuldners, die ihrer Heilung warten, und eine solche ist sonst gewöhnlich durch Rückzahlung des Werthes möglich. Hier ist es anders; so lange das Verhältniß seiner allgemeinen Bestimmung nach dauern soll, sei es ewig, oder auf Lebenszeit des Berechtigten, oder auf eine bestimmte Reihe von Jahren, so lange muß die Last getragen werden, wenn auch der Schuldner immerhin die Mittel besäße, sich durch Bezahlung ihres Capitalwerths davon zu befreien. In dieser Eigenthümlichkeit nähert sich dieß Forderungsrecht dem norma-

len dinglichen Rechte (im Gegensatze des anomalen Pfandrechts); so wenig die Substanz eines Servitutrechts durch eine auch noch so häufige Ausübung gemindert wird, so wenig ist dieß der Fall bei der Reallastberechtigung, indem sie, so lange als ihr allgemeiner Kreislauf dauert, stets unverändert dieselbe bleibt. Es versteht sich aber von selbst, daß diese Eigenschaft einer besonderen Dauer das Recht selbst nicht aus dem Bereiche des Obligationsbegriffs herausführt; es handelt sich vielmehr nur um eine Modification desselben.

Man könnte nun versucht sein, die Reallastforderung so zu construiren, daß sie lediglich die Summe einer Reihe von selbständigen Einzelforderungen darstelle, deren jede einen anderen Fälligkeitstermin habe. Diese Betrachtung müßte sich jede einzelne Leistung als eine ganz unabhängige Obligation denken, und ihre Zusammenfassung in dem Begriffe „Reallast" hätte keine juristische, sondern nur eine arithmetische Bedeutung. Die Unrichtigkeit derselben aber ergiebt sich sogleich aus einer Erwägung der Natur derjenigen Reallasten, welche wie die meisten des Mittelalters als *ewige* gedacht werden. Denn wie wäre es möglich, schon jetzt Obligationen als begründet anzunehmen, welche in einer unbestimmten Zukunft zwischen unbestimmten Subjekten einmal eintreten sollen? Dieß hat dann keine Schwierigkeiten, wenn man jede einzelne Leistung nur als die Wirkung einer ein für allemal festgestellten allgemeinen Obligation auffaßt, in welcher auch die Momente *ihrer* Begründung eingeschlossen sind; aber undenkbar ist es, daß Jemand eine unbestimmte Summe von ganz selbständigen Forderungsrechten könne in's Leben rufen, die einstweilen geisterhaft in der Luft schweben, bis der Tag ihrer Erlösung und ihrer Verwandlung in Fleisch und Bein gekommen sei. Auch würde bei jener Ansicht in Bezug auf diejenigen Reallasten, die ihrer Bestimmung nach nur auf gewisse Jahre dauern

sollen, ein Resulat zum Vorschein kommen können, das der Intention des Berechtigten geradezu widerspäche, wenn nämlich der Verpflichtete von der allgemein gestatteten Befugniß Gebrauch machte, die betagten Einzelforderungen ganz oder theilweilse nach Abzug des Zwischenzinses mit einem Male zu offeriren; denn eine nothwendige Einhaltung der Successivität der Leistungen wäre, da es sich um lauter unabhängige Forderungsverhältnisse handelte, wohl in der Regel nicht nachzuweisen.

Es ergiebt sich also hieraus für den Charakter der Reallastenobligation das wesentliche Moment, daß es sich dabei um eine Obligation handelt, aber diese mit gespaltenen Leistungen. Also die Mehrheit der Leistungen ist nicht (wie beim annuum legatum) eine Mehrheit von unabhängigen Obligationen, die nur durch die Gemeinschaft des Entstehungsgrundes[6]) verbunden sind. Andererseits wäre es aber ganz unrichtig, unser Verhältniß auf eine Linie mit dem Verhältniß zu stellen, wenn die Rückzahlung der Gesammtsumme einer Obligation in jährlicher Raten versprochen ist; denn hier hat jede einzelne Zahlung die Wirkung einer Minderung der Gesammtschuld. Ueberhaupt widerstrebt es der Natur der Reallasten, sich ihr praktisches Objekt in einer bestimmten Gesammtsumme vorzustellen und abzuschließen. Sie will in nichts Anderem bestehen, als in einzelnen periodisch wiederkehrenden Leistungen, jede zu ihrer Zeit. Selbst wenn die Reallast auf bestimmte Jahre beschränkt ist, darf die einzelne Leistung nicht als eine stückweise Minderung der Gesammtsumme betrachtet

---

6) Dahin gehören auch die einzelnen Verpflichtungen zur Zahlung jährlicher Zinsen beim Darlehen, und jährlicher pensiones beim Pachtvertrage. Obschon in einem Vertrage versprochen, ist doch jede pensio eine einzelne successiv hervortretende Obligation für sich. Bruns, Recht des Besitzes 1848 S. 481 flg.

werden, da eine solche juristisch überall nicht existirt [7]). Man kann sagen, die einzelne Leistung ist eine dynamische Wirkung der Gesammtkraft der Obligation, nicht aber eine materielle Ausscheidung aus ihrer Substanz. Die Reallast kann aus verschiedenen Gründen untergehen, aber niemals hat dabei die Vielheit der periodischen Leistungen einen Einfluß. Zahlung ist mit einem Worte in keiner Weise als ein Zerstörungsgrund dieser Art Obligationen zu denken.

Von welcher praktischen Wichtigkeit diese Auffassung des Charakters der Reallastobligation ist, ergiebt sich unter Anderem aus der Wirkung der Klagverjährung. Handelte es sich um lauter einzelne Obligationen, so würde die Klagverjährung, die auch hier für jede Leistungsforderung besonders läuft, bei einer auch noch so großen Menge auf einander folgender Nichtleistungen für die späteren Terminforderungen ganz ohne Einfluß sein [8]). Ganz anders, wenn es sich um eine Obligation handelt, von der jede Prästation gewissermaßen nur ein einzelner Pulsschlag ist. Hier ist zunächst allerdings auch eine Verjährung der Klage auf einzelne Leistungen möglich, da der Eintritt eines Fälligkeitstermins zur selbständigen Klagerhebung in Bezug auf das fällig Gewordene berechtigt, denn „finitis quibusdam annis aut mensibus hujus quidem temporis pecuniam praestari oportet, futurorum autem annorum sane quidem obligatio contracta intelligitur, praesta-

7) Die Verwandlung der Reallastforderung in die Forderung einer einmaligen Capitalsumme ist daher eine Zerstörung der Reallast. Dieß ist der juristische Charakter der Ablösungsgesetze.

8) S. L. 7 Cod. de praescr. XXX (7, 49). Nicht im Widerspruch steht der Fall, den Savigny, System Bd. 5 S. 312 anführt; denn hier handelt es sich nicht um eine Klage auf die Rente eines bestimmten Termins, sondern um einen Rechtsstreit über den Bestand des Legats selbst.

tio vero adhuc nulla est; si ergo velimus id quidem quod praestari oportet petere et in judicium deducere, futuram vero obligationis praestationem in incerto relinquere, necesse est, ut cum hac praescriptione agamus: ea res agatur cujus rei dies fuit (Gaj. IV, 131)." Wird aber dreißig Jahre lang die Anstellung der Klage aus Veranlassung der einzelnen fällig gewordenen Leistungsforderungen ganz unterlassen, und ist auch sonst keine Thatsache eingetreten, welche als eine Unterbrechung der Verjährung gelten kann, so ist die Klage aus der Gesammtobligation überhaupt erloschen, und mithin auch die Klage auf diejenigen Prästationen, über deren Verweigerung noch keine dreißigjährige Frist abgelaufen ist. Der Grund dieser Erscheinung ist der: wenn auch die einzelne Leistung processualisch isolirt werden kann, so ist sie doch privatrechtlich nur in steter Verbindung mit der Gesammtobligation überhaupt aufzufassen, von der sie nur die augenblickliche Aeußerung ist. Die letztere darf nicht als ein Wesen für sich betrachtet werden, von der die in ihr enthaltenen Einzelprästationen etwa als selbständige Größen zu unterscheiden wären, so daß jene gewissermaßen nur die Hülle für eine Menge kleiner unabhängiger und successiv heraustretender Körper wäre; sondern die Gesammtobligation ist in jeder Einzelverpflichtung selbst vollständig enthalten, dieß ist die alleinige Form ihrer immer nur dynamischen Kundgebung. So erklärt es sich daher vollständig, daß eine dreißigjährige Unterlassung der Klaganstellung aus Veranlassung der fälligen Einzelprästationen eine Vernichtung des Klagerechts aus der Obligation überhaupt bewirken müsse.

Noch deutlicher wird diese Entwickelung, wenn wir eine ähnliche, obwohl innerlich sehr verschiedene Erscheinung vergleichsweise daneben stellen. Wenn bei einem verzinslichen Darlehen die Kapitalforderung durch Verjährung erloschen ist,

so sind zugleich die Klagen auf alle rückständigen Zinsen erloschen, wenn letztere auch erst vor ganz kurzer Zeit fällig geworden sein sollten (L. 26 C. de usur. (4, 32). Warum dieß? Weil die Zinsforderung nur eine accessorische ist und ihr Leben das Leben der Hauptforderung nicht überdauert. Ganz anders bei der Reallast; hier wäre es ganz unrichtig, die einzelne Leistungspflicht als eine accessorische Obligation zu betrachten gegenüber dem Gesammtrechte als Hauptobligation, vielmehr besteht in den Einzelprästationen selbst und nur in ihnen die Gesammtforderung, die außer ihnen keinen Inhalt hat. — Näher liegt eine andere Erscheinung. Bekanntlich erlischt die Hauptforderung aus dem Darlehnsvertrage, wenn dreißig Jahre lang jede Zinszahlung unterblieben ist, vorausgesetzt, daß keine andere die Klagverjährung unterbrechende Thatsache statt fand (l. 8 § 4 C. de praescr. 7, 39). Der Grund ist der: die alljährliche Zinszahlung ist die regelmäßigste Art, in welcher der Bestand eines verzinslichen Darlehens seine Anerkennung findet, und wird die Erfüllung dieser Verbindlichkeit nicht geltend gemacht, so wirkt dieß nicht bloß auf die Zinsschuld, sondern auch auf eine andere davon ganz unabhängige, aber mit ihr in der innigsten Verbindung stehende Schuld, die Darlehnsobligation. Hier handelt es sich also um den Einfluß der Nichtleistung in e i n e m Obligationsverhältniß auf den Bestand eines a n d e r n, zwar connexen, aber doch immerhin selbständigen, während bei der Reallast in der Nichtleistung an einem bestimmten Termine immer eine Nichterfüllung des einheitlichen (obschon processualisch individualisirbaren) Obligationsverhältnisses selbst liegt, wenn auch immer der Grund der Nichtleistung ein solcher sein kann, der sich nur auf den einzelnen Fall der Aeußerung desselben bezieht. —

Diese Auffassung findet nun auch ihre volle Bestätigung im römischen Rechte. Abgesehen von der schon oben citirten

Stelle aus Gajus IV, 130 und 131, findet die hier gegebene Analyse einen vortrefflichen Ausdruck in folgenden Stellen:

L. 16. § 1 D. de V. O. (45, 1). Stipulatio hujusmodi: in annos singulos, una est, et incerta, et perpetua, non quemadmodum simile legatum morte legatarii finiretur.

L. 35. § 7 D. de mort. c. don. (39, 6). — Qui mortis causa in annos singulos pecuniam stipulatus est, non est similis ei, cui in annos singulos legatum est; nam licet multa essent legata, stipulatio tamen una est, et conditio ejus, cui expromissum est, semel intuenda est.

Es versteht sich von selbst, daß es sich hier um eine Art von Obligationen handelt, welche auch ohne die unten zu erörternde Modification vorkommen kann, die sie zur eigentlichen Reallast stempelt. Heutzutage wird namentlich dahin gehören das Versprechen einer Rente, sei sie nun auf bestimmte Jahre, auf die Dauer des Lebens, oder erblich und für alle Zeiten gewährt [9]); auch ist es einerlei, ob ihr Gegenstand in Geld, Früchten oder anderen Dingen besteht. Daß aber auch ganz vorzüglich die Reallasten dahin gehören, bedarf keiner näheren Erörterung; denn gerade die Periodicität wiederkehrender Präſtationen [10]) ist ihnen charakteristisch.

Ganz entsprechend dieser Auffassung muß sich auch die Gestalt der Klage erweisen, mit welcher derartige Obligationen gerichtlich geltend zu machen sind. Sowie es nur eine Obligation ist, die sich aber nur in einzelnen Präſtationen äußert, so kann es auch nur eine Klage geben, die sich aber

---

9) Daß schon das römische Recht diese Möglichkeiten kennt, beweist z. B. l. 34 §. 4 C. de donat. (8, 54).

10) Uebrigens ist es nicht wesentlich, daß die Perioden gerade regelmäßige sind.

auf den Fall der einzelnen fälligen Leistung processualisch beschränken läßt. Wenn man zwei Klagen unterscheidet, eine auf Anerkennung des Rechts im Ganzen, eine andere auf die einzelne Terminzahlung, so setzt man voraus, daß es eine doppelte Obligation gebe, eine, deren Objekt ein allgemeines Abstractum ist, und eine oder vielmehr viele andere mit concreten und realen Gegenständen; man verfällt dann in den schon oben angedeuteten Irrthum, nach welchem man sich die Gesammtobligation gewissermaßen als ein leeres Gehäuse vorstellt, in welchem lauter kleine Einzelobligationen eingeschlossen seien. Die Verschiedenheit des Grundes der Leistungsverweigerung bewirkt offenbar nicht eine Verschiedenheit der Klage, sondern nur der Vertheidungsweise. Wendet der Beklagte ein, die Forderung an sich bestehe zwar, aber die diesmalige Leistung könne nicht erwartet werden, z. B. weil er compensire, oder weil ein Nachlaß statt gefunden habe, so bleibt es bei der processualischen Isolirung der Klage auf den einzelnen Fall, und er hat seine Einrede zu beweisen; verweigert er aber die Leistung, weil er die Existenz des Rechts selbst in Abrede stellt, so hat der Kläger diese zu erweisen, welche ja jeder einzelnen Klage als fundamentum agendi dienen muß, sollte es auch gar nicht zu erwarten sein, daß die Vertheidigung des Beklagten in einem Angriffe hierauf bestehen werde. Auch ist stets zu erwägen, daß es keinen anderen Grund zur Klagerhebung giebt, als die Leistungsverweigerung. Berühmt sich der Pflichtige seiner Freiheit im Allgemeinen, so mag der Berechtigte ruhig den Fälligkeitstermin der nächsten Prästation abwarten, und bei der Erhebung der Klage auf letztere den Einwendungen des Verklagten entgegensehen.

Man kann auch nicht sagen, daß die Annahme zweier Arten von Klagen, einer generellen und einer speciellen, im Interesse des angeblich Pflichtigen liege, der, wenn er nur in

einer speciellen Klage absolvirt worden sei, sich eine stete Erneuerung solcher Angriffe gefallen lassen müsse. Eine solche Meinung wäre völlig unrichtig. Ist vielmehr aus Veranlassung der auf eine einzelne Rentenzahlung gerichteten Klage über das Recht selbst entschieden worden, so hat der Beklagte hieraus gegen alle folgenden Klagen eine exceptio rei judicatae [11]).

3.

Wir wenden uns nun zu der Untersuchung des zweiten Elementes im Wesen der Reallasten, welches allein im deutschen Rechte seinen Ursprung hat: die Anknüpfung solcher Verbindlichkeiten an ein bestimmtes Grundstück. Eine Entwicklung aus Stellen der Rechtsbücher und mittelalterlicher Urkunden (wie solche schon zur Unterstützung der verschiedenartigsten Theorieen dienlich gemacht worden sind,) wird man auch hier nicht erwarten. Es ist nicht die Art jener Quellen, Principienfragen zu beantworten, sie beschränken sich auf die Feststellung thatsächlicher Momente. Eine Theorie aber ist gerechtfertigt, wenn sie die letzteren getreu in sich aufnimmt und in juristische Begriffe überträgt.

Dieses Element läßt eine völlig abgesonderte Betrachtung zu, da es auf die Bestimmung des Inhalts des Rechts im Allgemeinen ohne Einfluß ist, und sich lediglich auf die Form seiner Realisirung in Rücksicht der Subjektsbestimmung bezieht. Denn während regelmäßig Obligationsverhältnisse ein Binden von Individuen und ihrer Erben enthalten, so tritt uns hier eine ganz andere Art der Verbindung der Schuld mit ihrem Subjekte entgegen. Nicht eine individuelle Persönlichkeit, sondern Derjenige soll der Schuldner sein, welcher sich im Besitze

11) Savigny, System Bd. 6 S. 451.

eines bestimmten Grundstücks befindet; es ist eine Verpflichtung unbestimmter Subjekte, aber mit Festsetzung eines Momentes, welches in jedem Falle die Unbestimmtheit hebt; das Grundstück hat die Function, in seinem jedesmaligen Besitzer dem Gläubiger die Person gewissermaßen darzustellen, welche er als seinen Schuldner zu betrachten hat. Es handelt sich hier um eine Form der Fundirung von Obligationen, welche das neuere Rechtsleben auch noch in anderer Weise kennt, und vor Allem in dem Institute der Papiere auf den Inhaber ausgebildet hat, nur daß hier umgekehrt die Person des Schuldners individuell bestimmt ist, dagegen die Person des Gläubigers erst aus dem Besitze des subjektbestimmenden Gegenstands hervorgeht.

Das römische Recht [12]) kennt diese Art der Fundirung von Obligationen nicht, sie ist vielmehr erst ein Produkt der neueren Zeit, aber wir dürfen sagen eine dankenswerthe Bereicherung des Rechts. Ein innerer, aus der Natur der Obligationen abgeleiteter Grund gegen die Zulässigkeit dieser Form der Subjectsbestimmung ist kaum zu denken, vorausgesetzt, daß man ihre Anwendung auf solche Forderungsverhältnisse beschränkt, bei denen Berechtigung wie Verpflichtung in der Hand jedes Subjekts gleich bleibt, also fest bestimmte Leistungen von Geld oder Geldeswerth. Diese Form der Begründung von Obligationen gewährt mannichfache Vortheile;

---

12) Daß auch das römische Recht gewisse öffentliche Abgaben und Leistungen als auf dem Grundstücke haftend ansieht (onera fundi, rei inhaerentia, quae fundus debet), beweist Nichts dagegen; denn hier handelt es sich um die Möglichkeit, ein solches Verhältniß rein privatrechtlich durch den Willen der Parteien zu constituiren. Dafür gewährt das römische Recht doch wohl keinen Anhalt. Vgl. übrigens v. Hahn, Die materielle Uebereinst. röm. und german. Rechtsprinc. 1856. S. 427 flg.

bei den Papieren auf den Inhaber ermöglicht sie auf einem indirekten Wege eine wahre Singularsuccession in Obligationen und zieht auf diese Weise auch das Forderungsrecht in den Bereich des lebendigsten Verkehrs; bei den Reallasten begründet sie eine Sicherheit und Dauer der Obligation, eine Unabhängigkeit derselben von den Wechselfällen in der Person des Schuldners, welche auf anderen Wegen gar nicht erreicht werden kann. Auch kann man nicht sagen, daß es überhaupt unerhört sei, rechtliche Verhältnisse in der Weise festzustellen, daß die betheiligten Subjekte erst zukünftig nach einem schon jetzt bestimmten Denominationsmodus individualisirt werden; denn das deutsche Recht kennt dieß Verfahren auch in anderen allgemein anerkannten Rechtsinstituten, z. B. dem Familienfideikommiß und der Erbverbrüderung.

Die Rolle, welche das Grundstück hierbei spielt, ist also eine ganz äußerliche, nicht mit seiner materiellen physischen Beschaffenheit zusammenhängende. Daraus ergiebt sich der offenbare Gegensatz dieser Art der „Belastung" mit einer Belastung durch dingliche Rechte. Haftet auf einem Grundstücke eine Servitut, so ist es selbst das unmittelbare Objekt der Berechtigung, es dient dem Servitutinhaber mit seiner Substanz, und die Befugniß des letzteren ist die Negation eines in der Natur des Grundstücks und des Rechts daran liegenden positiven Moments. Nicht der Eigenthümer des belasteten Grundstücks ist durch die Servitut obligirt, sondern das Objekt seines Eigenthums hat eine rechtliche Minderung erlitten. Man darf kaum fürchten, daß dieser Auffassung noch jetzt der Einwand entgegenstellt werde, den man früher aus dem Umstande entnahm, daß das römische Recht bei der servitus oneris ferendi auch die Pflicht des Eigenthümers des belasteten Grundstücks, die Mauer zu repariren, mit der confessorischen Klage durchzusetzen gestattet. Denn der Inhalt

dieser Servitut ist keineswegs die Forderung des reparare murum, sondern lediglich die Gewährung des Aufliegens des Balkens. Da nun die Existenz der Mauer eine faktische Voraussetzung dieser Gewährung ist, so liegt in der Nichtwiederherstellung der verfallenen Mauer eine indirekte Negation des Rechts selbst, und das römische Recht dehnt ganz sachgemäß die a. confessoria auch auf den Fall dieser thatsächlichen Verletzung des Rechts aus. — Wenn also bei dem dinglichen Rechte die Substanz des Grundstücks selbst ergriffen wird, so ist dieß bei der Reallast in keiner Weise der Fall. Hier ist es nur der Besitzer, den die Forderung des Berechtigten trifft, und das Grundstück hat seine ganze Betheiligung erfüllt, wenn es die unbestimmte Obligirung durch Präsentation eines Individuums in eine bestimmte verwandelt hat. Allerdings ist bei beiden Verhältnissen das Resultat vorhanden, daß eine Last auf den Singularsuccessor als solchen übergeht, aber dieses Resultat ist in beiden Fällen so unendlich verschieden geartet, daß man kaum begreift, wie eine Vermischung hier möglich war. Der Käufer des servitutpflichtigen Grundstücks muß die Last anerkennen, weil er ein durch das Bestehen der Servitut in seiner rechtlichen Substanz schon dauernd gemindertes Grundstück erworben hat; der Käufer des realzinspflichtigen Grundstücks ist verpflichtet, weil er sich in einen Zustand versetzt hat, aus dem nach einem rechtlich begründeten Verhältnisse für ihn eine Obligation erwachsen mußte. Das Grundstück ist also hier lediglich der äußere Leiter eines Forderungsverhältnisses [13]).

13) Walter (Deutsch. Pr.-R. §. 148) construirt die Reallast so: „Die Last des Grundstücks bestehe juristisch aufgefaßt nicht in einer Beschränkung der Eigenthumsbefugnisse, in einem Unterlassen oder Leiden, sondern in der Verpflichtung zu einem positiven Thun, also in einer Obligation, wobei das Grundstück das verpflichtete Subjekt sei. Die Verbindlichkeit zur einzelnen Leistung sei dagegen eine durch den Besitz des Grundstücks begründete Obligation. In jener

Im Ganzen ist hiermit die Bedeutung dieses zweiten Elements in der Natur des Rechtsinstituts erklärt, für dessen

Beziehung bestehe ein Recht gegen die Sache selbst, in letzterer ein Recht gegen die Person."

Diese Ansicht ist, in ihren einzelnen Theilen betrachtet, durchaus nicht neu; aber die letzteren sind hier in einer Weise combinirt, die mir wissenschaftlich nicht haltbar zu sein scheint. Nach der Stellung, welche Walter dem Institute der Reallasten im System giebt, muß man annehmen, daß er es als den dinglichen Rechten angehörig betrachtet; damit steht es aber im Widerspruche, wenn er das Wesen derselben in einer Obligation des Grundstücks erblickt. Ferner: nach dieser Theorie soll das Grundstück selbst das Subjekt der Obligation sein, es wird also zur Person gemacht, — und doch verwirft er diese Personificirung (§. 149, 4), wie sie Duncker behauptet hat, weil sie etwas „zu Künstliches und Gewaltsames" sei. Offenbar spricht aber dieser Einwand nicht bloß gegen eine Personificirung im Sinne Duncker's, sondern auch gegen eine Personificirung mit beschränkterer Wirkung, wie er selbst sie annimmt. Sodann fragt es sich, was eigentlich diese zwei Obligationen neben einander sollen, die des Grundstücks und die des Besitzers? Wie verhalten sie sich wohl eigentlich zu einander? Offenbar braucht Walter die Obligation des Grundstücks gar nicht, denn nach §. 149, Note 8 „ruht die Last auf dem Gute, und jeder Erwerber überkommt sie mit demselben." Wenn er aber §. 149 meiner Construction den Einwand entgegenhält, daß sie es unerklärt lasse, wie und wodurch der jedesmalige Erwerber in die Obligation hineingezogen werde, so darf ich doch wohl darauf hinweisen, daß ja der ganze Zweck der von mir gegebenen Entwickelung eben der war, einen Versuch der Lösung dieses Problems zu machen; aber genau betrachtet möchte jener Einwand wohl seiner eigenen Construction entgegenstehen. Denn gewiß kann man die Frage aufwerfen, wie es denn nun eigentlich komme, daß die Obligation des Grundstücks plötzlich zur Obligation des Besitzers wird. Nach allem diesem darf man die wissenschaftliche Haltbarkeit dieser Theorie gewiß bezweifeln; ich glaube überhaupt, daß in dieser vielbesprochenen Lehre eine bloße Combination von Theilen verschiedener Meinungen schwerlich auch nur dem praktischen Bedürfnisse genügen wird.

Uebrigens scheint es, als wenn Walter die Verschiedenheit der Ansichten über diesen Gegenstand selbst als etwas ziemlich Gleichgültiges ansehe. Denn nur so vermag ich die Stelle in seiner Encyclopädie (1856) S. 160 zu deuten, welche folgendermaßen lautet: Die Reallast ist „als eine Obligation, wozu das Grundstück das

Bau es ohngefähr die Funktion einer Basis vollzieht. Aber doch ist es nothwendig, noch einer Reihe von eigenthümlichen Erscheinungen zu gedenken, die diese Anknüpfung des Forderungsrechts an ein Grundstück hervorbringt.

Der Besitzer des Grundstücks als solcher ist verpflichtet; durch den Besitz tritt er in den Zustand, der für ihn die Verbindlichkeit erzeugt. Da nun die Obligation für den Inhaber nur in der Verpflichtung besteht, die während seines Besitzes fällig werdenden Terminzahlungen zu leisten, so kann von einer Verbindlichkeit, für die vor dem Beginn seines Besitzes fällig gewordenen rückständigen Leistungen zu haften, ebensowenig die Rede sein, als von einer Fortsetzung der Verpflichtung für die erst nach der Aufgabe des Besitzes fälligen Renten. Dieß erklärt sich aus dem hier wirksamen mechanischen Princip der Uebertragung der Schuld, das für den Anfang und das Ende der Verpflichtung eine ganz äußerliche Bestimmung möglich macht. Diejenigen einzelnen Rentenverpflichtungen aber, deren Fälligkeitstermine bereits eingetreten sind, lösen sich insofern von der Reallast ab, als die Individualität ihres Schuldners nicht mehr, wie bei den künftigen Terminleistungen, eine unbestimmte, sondern bereits eine bestimmte geworden ist; für die fortdauernde Verpflichtung zur Entrichtung derselben ist daher eine Fortsetzung des Besitzes des Grundstücks nicht erforderlich, da dieses seine gesammte Aufgabe in Betreff derselben, Feststellung der Person des Schuldners, bereits erfüllt hat.

---

verpflichtete Subjekt ist, aufzufassen. Andere betrachten sie als die Obligatio einer Person, die durch den Besitz des Grundstücks bedingt sei. Allein dieß läuft genau betrachtet auf dasselbe hinaus. Denn sie kann nicht durch den Besitz des Grundstücks bedingt sein, wenn sie nicht auf dem Grundstück ruht." Ueber die Bedeutung dieses „die Last ruht auf dem Grundstücke" habe ich mich schon oben Note 4 geäußert.

Trifft es sich, daß das Grundstück gar keinen Besitzer hat, so cessirt die Reallast, weil es an einem verpflichteten Subjekte fehlt; sie wacht freilich sofort wieder auf, wenn sich dieser Zustand verändert. Der gänzliche (nicht der theilweise) **Untergang** des belasteten Grundstücks bewirkt aber nothwendig den völligen Untergang der Reallast; ebenso der Erwerb desselben durch den Berechtigten, weil es seine Rechtsnachfolger als ein frei gewordenes erhalten.

Es versteht sich ferner von selbst, daß, so lange als der Kreislauf der Reallast überhaupt nicht vollendet ist, keine mit dem Grundstücke vorgenommene rechtliche Veränderung im Stande ist, sie ganz oder theilweise zu vernichten. Auf jeden Erwerber des Grundstücks überträgt sich die Last, der Erwerbsakt mag beschaffen sein, wie er will; namentlich gilt dieß auch von dem Erwerb bei gerichtlicher Subhastation. Eine verschiedene Antwort aber ist möglich über die Frage nach dem Einfluß der Theilung eines Grundstücks unter mehrere Besitzer; das Consequente ist es wohl, anzunehmen, daß hier alle Besitzer zusammen, aber jeder pro rata als verpflichtete Subjekte gelten [14]).

---

14) Diese Ansicht beruht auf folgenden Gründen. Die Reallast ist eine Obligation, welche nach der regelmäßigen Natur ihres praktischen Objekts als theilbar anerkannt werden muß, z. B. wenn der Gegenstand Zinsen, Gülten sind; daß dieß auch von Frohnden gelten müsse, darüber s. Savigny, Obligationenrecht I. S. 335. Das Grundstück hat nun lediglich die Function, den Schuldner zu denominiren; ist ein Eigenthümer vorhanden, so präsentirt es einen, sind mehrere vorhanden, mehrere Schuldner. Es ist aber kein Grund zu ersehen, warum diese Mehreren solidarisch sollen verpflichtet sein, und es scheint nicht unpassend, die Analogie des Falles der Stipulation eines Sclaven, der im gemeinschaftlichen Eigenthum mehrerer Herren steht, in Erinnerung zu bringen (nur daß es sich hier bloß um active Schuldverhältnisse handelt). Daß dieses Princip der Theilung praktische Unzuträglichkeiten zur Folge haben kann, de-

Auf die Natur der **Klage** hat die Anknüpfung des Rentenrechts an ein Grundstück gar keinen Einfluß; denn hierdurch wird an dem Inhalt des Obligationsverhältnisses nicht das Mindeste geändert, sondern nur eine eigenthümliche Art der Passivlegitimation im Processe nothwendig gemacht. Es hat daher keinen Sinn, jetzt noch von einer actio in rem scripta, oder von einer actio in factum zu reden.

Es ist ferner eines Umstandes zu gedenken, welcher, jenachdem man ihn beurtheilt, mit unserer Theorie in vollständigen Widerspruch treten könnte. Bekanntlich giebt die Praxis, welche die Reallast von jeher nach Analogie der Servituten behandelte, dem angeblich Verpflichteten eine actio negatoria, sowie sie dem Berechtigten eine actio confessoria utilis beilegte. An und für sich besteht nun keinerlei praktisches Bedürfniß einer Negatorienklage. Denn der angebliche Schuldner der Reallast ist ebenso wie jeder andere Schuldner durch passive Vertheidigung vollkommen geschützt; er mag die angesonnene Leistung verweigern und ruhig die Klage des angeblich Berechtigten abwarten. Ein Umstand scheint uns indessen doch zu der Gewährung der Negatorienklage zu nöthigen, nämlich der, daß der Berechtigte sich schon durch ein Besitzrechtsmittel, aus dessen Veranlassung der Beklagte seine Einwendungen nicht ausführen darf, in die volle Ausübung des Rechts setzen

---

nen durch Bestellung eines Zinsträgers abgeholfen werden mag, ist richtig. — Eine andere Frage aber ist die, ob die Theile gleiche sind, oder ungleiche, d. h. nach der Größe der Antheile am belasteten Grundstücke zu bemessende? Jenes ist ohne Zweifel das Richtige, weil zwischen dem materiellen Inhalte der Reallast und dem Capitalwerthe der beschwerten Sache kein Zusammenhang besteht. Eine Ausnahme hiervon findet nur statt bei Zehnten, bei denen das Verhältniß allerdings ein anderes ist. Hier hat jeder Parcellenbesitzer nur den auf seinen größeren oder kleineren Antheil fallenden Zehntheil zu leisten.

kann. Man könnte nun fragen, ob diese Zulassung einer Klage, die mit der obligatorischen Natur des Verhältnisses im direkten Widerspruch steht, uns nicht rückwärts zur Aufgebung unseres Princips nöthige? Dieß ist aber gewiß nicht der Fall. Es handelt sich hier nur um eine Concession, welche der einmal geschehenen Annahme eines Quasibesitzes gemacht werden muß; dieser ist aber keineswegs eine aus der Natur der Reallast hervorgehende nothwendige Consequenz, sondern nur eine äußerliche und willkührliche Zuthat[15]). Erst aus dieser secundären Grundlage ist das Bedürfniß einer Negatorienklage erwachsen, nicht aus dem Wesen der Reallast selbst, und wir dürfen uns sonach für wissenschaftlich gerechtfertigt halten, wenn wir sie unter Festhaltung der Erinnerung an die Singularität ihrer Veranlassung und Existenz ohne rückwärts greifenden Einfluß lassen, sie vielmehr in dem Begriffe einer vereinzelten Anomalie abschließen.

Ueber die Begründung der Reallast endlich, d. h. Anknüpfung eines Rentenrechts an ein Grundstück durch Vertrag oder Testament darf ich auf das von mir an einem andern Orte Ausgeführte verweisen [16]). Construiren läßt es sich nicht, daß das Recht gestattet, mit Hülfe gerichtlicher Ingrossation u. s. w. unbestimmte Subjekte in dieser Weise zu verpflichten. Es ist ein anomaler Rechtssatz, der eine wissenschaftliche Analyse nicht zuläßt, aber er besteht als gemeines Gewohnheitsrecht. Er ist unentbehrlich, wenn man dem Institute überhaupt noch eine Lebensfähigkeit beilegen will.

---

15) Ueber die Zulässigkeit des Quasibesitzes bei dieser Art von Obligationen s. Bruns, Das Recht des Besitzes S. 480 flg. In der Annahme des Quasibesitzes liegt also kein Widerspruch mit dem Obligationsprincipe.

16) Deutsches Privatrecht §. 169, Note 5.

4.

Daß die Anknüpfung eines solchen Rentenrechts an ein Grundstück in der eben geschilderten Weise den praktischen Vortheil einer ungemeinen, durch kein anderes Mittel dieser Art erzielbaren Sicherheit gewährt, ist leicht zu erweisen. Keine physische Veränderung des Grundstücks wirkt — abgesehen von dem Falle gänzlichen Untergangs — auf den Bestand des Obligationsverhältnisses ein; Deteriorationen jeder Art sind ohne den mindesten Einfluß darauf. Dasselbe gilt von rechtlichen Veränderungen; Wechsel im Besitzer, Belastung mit Servituten, Pfandrechten u. s. w. sind für die Fortdauer der Reallast völlig gleichgültig. Denn das Grundstück dient nicht mit seiner Substanz, sondern ist bloßer Leiter der Obligation, und für die Erfüllung dieser Aufgabe ist eine besondere Beschaffenheit desselben kein Bedürfniß. Selbst im erbärmlichsten Zustande (ein bloßer Mauerrest) kann es jene Function vollziehen, sofern sich Jemand findet, der seinen Besitz alsdann noch als werthvoll betrachtet.

Die Sicherheit ist weit größer, als sie ein Pfandrecht gewähren mag. Ein hypothekarisch fundirtes gewöhnliches Rentenrecht bleibt immer nur eine Forderung, deren Erfolg von der Zahlungsfähigkeit der verpflichteten Person abhängig ist, da die Hypothek in Folge irgend welcher besonderer Zufälle sich als unzureichend erweisen kann; wenigstens kann es sich sehr leicht ereignen, daß die Distraction des Pfandes, wenn sie auch für die bisher fällig gewordenen Forderungen befriedigt, doch für die künftigen Termine keine Deckung bietet. Anders bei Reallasten. Wird hier der Schuldner zum Aeußersten, zum Verkauf des belasteten Grundstücks vielleicht auf das Andringen von Hypothekengläubigern genöthigt, so geht daraus die Reallast völlig unberührt und sicher hervor; selbst die Gesammtheit der Gläubiger im Concurse hat, da

sie das pflichtige Grundstück besitzt, die laufenden Renten als Masseschuld zu entrichten. Nur die während des Besitzes des in Concurs gerathenen Schuldners bereits fällig gewordenen und noch nicht berichtigten Terminleistungen theilen das Schicksal der weniger gesicherten Concursschulden.

Indessen bin ich weit davon entfernt, zu behaupten, diese Steigerung der Sicherheit einer Art von Obligationen sei ein so großes Gut, daß der ihr entsprechenden Rechtsform heutzutage ein weites Gebiet der praktischen Anwendung zu gönnen wäre. Wenn Jhering [17]) es an dem römischen Rechte rühmt, daß es Beschränkungen und Belastungen des Eigenthums nur innerhalb eines streng eingehaltenen Maßes und nur bis zur Gränze eines wirklichen Bedürfnisses zugelassen habe, und es für die absolute Aufgabe eines Privatrechtssystems hält, zu verhindern, daß der Egoismus der gegenwärtigen Generation das Grundeigenthum für immer unfrei machen und den Nachkommen dessen Inhalt verkümmern könne, so ist ihm darin gewiß in jeder Hinsicht beizupflichten. Nur zu sehr hat dem deutschen Rechte dieses Maß gefehlt, und es ist in Folge davon in gewissen Zeiten dahin gekommen, daß das Grundeigenthum fast verloren ging unter der Masse von unablöslichen Lasten, von denen der Boden unseres Rechtslebens überwuchert war. Es war keine Rede mehr davon, daß jene Lasten eine in der Natur der Sache selbst liegende Schranke einhielten, sondern auf Grund von einer Menge dem Privatrecht ganz fremder Motive ließ man sie in eine völlige Verwilderung des Wachsthums ausarten, unter der das Privatrecht nahe daran war, hinter einem aus öffentlichen und halböffentlichen Verhältnissen gemischten, die persönliche Freiheit und individuelle Entwickelung in hohem Grade

17) Geist des röm. Rechts Bd. 2 S. 231 flg.

störenden System von Verhältnissen ganz zu verschwinden. Dieß Alles gilt aber von keiner Art von Belastungen mehr als von den Reallasten. Denn Servituten bleiben doch immer in einem Zusammenhange mit der Substanz des Bodens, sie sind eine Minderung derselben, und der Käufer erwirbt nur dieses verkürzte Grundstück; Reallasten hingegen stehen an und für sich in der Regel [18]) mit der sachlichen Natur des Grundstücks in gar keiner Verbindung.

Es ist daher ein vollkommen berechtigter Trieb unserer Zeit, den Grund und Boden wieder frei zu machen, und unseren Nachkommen in seiner vollen Integrität zurückzugeben; zumal da jene Genossenschaftsverhältnisse des Mittelalters, in denen die Reallast recht eigentlich ihren Sitz hatte, zum größten Theile beseitigt sind.

Bleibt aber alsdann für die Reallast überhaupt noch ein praktisches Gebiet übrig? Ist nicht damit ausgesprochen, daß das Institut, nachdem der volkswirthschaftliche Zustand des Mittelalters überwunden ist, gänzlich aus dem System des heutigen Privatrechts gestrichen werden müsse? Ich glaube doch, daß diese Frage nicht unbedingt bejaht werden muß. Es läßt sich vielmehr auch jetzt noch eine praktische, obschon enge Sphäre seiner Wirksamkeit denken.

Der Haupteinwand gegen das Institut der Reallast bezieht sich auf ihre Eigenschaft als ewige Last; denn nur darin liegt eine Unnatürlichkeit, daß ein Grundstück auf die fernsten Zeiten hin die Macht haben soll, eine Person, die mit ihm in Verbindung tritt, zum Schuldner zu machen, ohne daß vielleicht auch nur eine Erinnerung an die erste Veranlassung des Verhältnisses übrig geblieben ist [19]). Aber die

18) Nämlich abgesehen vom Zehnten.

19) Dieß namentlich bei Reallastrenten, für die der Errichter vielleicht ein längst verlornes Aequivalent erhalten hat. Ebenso bei

ewige Dauer [20]) ist keine wesentliche Eigenschaft der Reallast; es ist ihrer Natur nicht widersprechend, wenn sie auf bestimmte Jahre, oder auf die Lebenszeit beschränkt wird. Dagegen würde ich es nicht als ein entsprechendes Auskunftsmittel ansehen können, wenn eine Gesetzgebung mit der Gestattung jederzeitiger Kündigung und Ablösung helfen wollte, indem damit die Intention der Parteien, welcher das Institut dienen soll, in der wichtigsten Beziehung verletzt wäre.

Eine andere Maßregel, durch welche einer Anfechtung der Berechtigung des Instituts begegnet würde, wäre die Beschränkung der Zulassung von Reallasten auf Fälle, in denen die gegründete Rentenschuld mit dem Besitze des belasteten Grundstücks in innerem Zusammenhange steht. Daher würde zwar einem Gutsbesitzer nicht gestattet werden, seinen Boden mit einer Reallast zu beschweren, um das dafür empfangene Geld für irgend welche mit dem letzteren in gar keiner Verbindung stehende Zwecke zu verwenden, m. a. W. als ein in die Form des Rentenkaufs gehülltes Darlehen [21]); wohl aber würde es

---

vogteilichen Grundzinsen, nachdem die Vogtei längst verschwunden und von ihrer dereinstigen etwaigen Wohlthat nichts mehr empfunden wurde u. s. w.

20) Dieß z. B., wenn die Berechtigung selbst wieder wie die Gläubigerschaft bei Papieren auf den Inhaber an einen Zustand, z. B. den Besitz eines Guts oder das Innehaben eines Amts, geknüpft ist.

21) Ein ausdrückliches Verbot ist freilich auch hier unnöthig. Denn die Entstehung und das Aufhören gewisser Rechtsformen beruht nicht auf Willkühr, sondern auf dem Dasein oder Nichtdasein gewisser Bedürfnisse des Lebens. Nun wird Niemand glauben, daß bei den Grundsätzen des heutigen Rechts über die Haftung des Erben für die Schulden des Erblassers, sowie über das Recht der Zinsnahme u. s. w. noch irgend ein **allgemeines** Bedürfniß der Capitalverwerthung in der Form des Rentenkaufs bestehe, wie dieß im Mittelalter in der That der Fall war. In solchen Voraussetzungen

z. B. Demjenigen, welcher durch Uferbauten, Entwässerungen, Entsumpfungen oder andere nützliche Anlagen den Werth gewisser Grundstücke mittelst eigener Arbeit oder mittelst Darreichung der Geldmittel erhöht hat, erlaubt sein, die ihm an und für sich je nach der Beschaffenheit des Verhältnisses gebührende Vergütung sich ganz oder theilweise in der Form von Reallastrenten gewähren zu lassen. Es ist freilich sehr schwer, für diese Beschränkung eine ganz scharfe juristische Formulirung zu finden, und es würde wohl Nichts übrig bleiben, als die Entscheidung dem Ermessen des bei der Errichtung der Reallast ja ohnehin concurrirenden Richters nach dem angeführten Gesichtspunkte anheim zu stellen, welcher nach vorgenommener causae cognitio seine Bestätigung zu ertheilen oder zu versagen hätte [22]).

Zu den Fällen der angeführten Art würde ich auch die Leibzuchtsrenten des auf den Altentheil ziehenden Bauers, lebenslängliche Apanagen und Witthumsrenten bei adlichen Stammgütern rechnen. Auch in diesen Fällen ist nämlich der Zusammenhang der Rentenpflicht mit dem Genuß des Grundstücks offenbar. Ohne den Auszug des Bauern, ohne den Ausschluß des jüngeren Sohnes zu Gunsten des Erstgebornen, ohne die Verwendungen der Nutzungen des Frauenguts — würde der Besitzer das Grundstück gar nicht, nicht ganz oder nicht in dieser Beschaffenheit haben, und dieses Causalverhältniß bleibt im Bewußtsein der Innehaber selbst bei einem Wech-

allein liegen die Bedingungen der Lebensfähigkeit eines Instituts. Der Gesetzgeber kann sie einseitig weder geben noch nehmen.

22) Es versteht sich von selbst, daß von andern Gegenständen als Geld und Naturalien, wie z. B. Diensten, bei Reallasten künftig nicht mehr die Rede sein kann. — Auf ähnliche Weise als hier geschieht, schränkt auch Bluntschli, Deutsch. Priv.-R. §. 91, die Reallast ein, läßt sie aber innerhalb dieser Gränzen ebenfalls neu begründen.

sel im Besitze, da die Zeitdauer der Last nur eine begränzte ist.

Es wäre in der That ohne Grund, in solchen Fällen den Willen der Interessenten, sich ein Rentenrecht mit einer fast absoluten Sicherheit zu verschaffen, zu beschränken, und sie gegen ihren Wunsch zu nöthigen, ihren Anspruch in einer anderen Rechtsform nutzbar zu machen, z. B. denselben zu capitalisiren und sodann bei dem Verpflichteten vielleicht gegen sein Interesse und seine Neigung als verzinsliche Darlehnsschuld zu belassen. Nicht dadurch wird man die privatrechtliche Freiheit erhöhen, daß man das Privatrechtssystem plündert und das Verkehrsleben auf einzelne wenige Rechtsformen einschränkt, sondern dadurch, daß man die größte Mannichfaltigkeit derselben bewahrt, damit auch das individuellste Lebensinteresse im Rechte seine Befriedigung finden könne, während man aber gleichzeitig jede auf die Gränze ihres naturgemäßen Gebietes zurückführt.

III.

Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte.

Von

Ihering.

Die vorliegende Abhandlung schließt sich an die im ersten Bande dieser Jahrbücher S. 273 u. ff. mitgetheilte an, aber in anderer Weise, als meine Leser erwarten werden. Zur Vervollständigung jenes Aufsatzes würde meinem ursprünglichen Plane gemäß noch als letzter Abschnitt eine kurze Besprechung der Stellvertretung erübrigen. Inzwischen sind jedoch gegen den bereits veröffentlichten Theil desselben in dieser Zeitschrift von Scheurl Einwendungen erhoben [1]), auf die ich glaube antworten zu müssen, bevor ich zu etwas Neuem übergehe. Andererseits aber mußte ich fürchten, die Geduld des Lesers auf die Probe zu stellen, wenn ich in diesem Hefte außerdem noch den letzten Theil der Abhandlung, der sich wider Erwarten zu ansehnlichem Umfang ausgedehnt hat, bringen wollte. Ich behalte mir daher vor, denselben in einem der späteren Hefte als selbständige Bearbeitung der Lehre von der Stellvertretung zu veröffentlichen. Zum Abschluß der obigen Abhandlung ist ein weiteres Eingehen auf den letzteren Gegenstand nicht erforderlich, da ich den Unterschied der dort behandelten Verhältnisse von der Stellvertretung an den betreffenden Stellen wenigstens ange-

1) In dem gegenwärtigen Heft Abh. I.

deutet habe, eine ausführlichere Bearbeitung der Stellvertretung aber überall nicht in meinem ursprünglichen Plan lag.

Bei dem vorliegenden Aufsatz habe ich geglaubt, mich nicht auf eine bloße Widerlegung der erhobenen Einwürfe beschränken zu sollen, vielmehr von letzteren Veranlassung genommen, den durch sie angeregten oder auch nur tangirten Fragen eine eingehende Untersuchung zu widmen, ohne mich daran zu binden, ob dieselbe in dem Maße durch das unmittelbare Interesse der Vertheidigung geboten war. Ich habe dies gethan, theils weil ein rein negatives Zurückweisen von Angriffen, namentlich wenn dieselben wie hier nur einzelne aus dem Zusammenhang gerissene Punkte betreffen, für den unbetheiligten Dritten leicht etwas Ermüdendes hat, theils um dem Streit, indem ich ihm eine weitere Ausdehnung gebe, einen fruchtbareren Charakter zu verleihen.

Zunächst darf ich meine Freude darüber aussprechen, daß mein verehrter Freund im wesentlichen mit mir einverstanden ist, unsere Differenz sich also nur auf einzelne minder wichtige Punkte beschränkt. Ich darf dies thun, ohne eine Mißdeutung zu besorgen, da mein Verdienst bei jener Abhandlung nur ein untergeordnetes war. Zunächst nämlich war der von mir so stark betonte Unterschied zwischen juristischen und factischen Dienstleistungen durchaus kein neuer [2]), und was mir hier zu thun übrig blieb, bestand nur darin, ihn genau zu bestimmen und im Einzelnen auszuführen. Wenn noch

---

2) Rücksichtlich des Institor hatte z. B. schon Thöl, Handelsrecht Bd. 1 Aufl. 3 S. 84, 86, 87 die juristische und factische Betreibung eines Gewerbes hervorgehoben. — Auch von Wächter in seinem Handbuch des würtemb. Privatrechts Bd. 2 S. 676 unterscheidet Stellvertretung in juristischen und factischen Verhältnissen. Wenn ich diese und andere Schriftsteller nicht genannt habe, so geschah es nur, weil es sich hierbei meiner Ansicht nach gar nicht um eine neue oder individuelle Idee handelte.

einer der letzten Schriftsteller über die Stellvertretung diesen Fundamentalunterschied der ganzen Lehre in dem Maße übersehen konnte, daß er bei einem „Tagelöhner, der auf fremdem Boden arbeitet, alles, was zu einem Stellvertreter gehört," findet [3]), wenn ferner seine Definition trotz des Protestes, den Scheurl schon im Jahre 1853 gegen die in ihr enthaltene „Vermengung der juristischen mit der bloß factischen Stellvertretung" erhoben hat [4]), bei dem Herausgeber des Puchta'schen Compendiums der Pandekten [5]) noch bis in die letzte Ausgabe hinein willige Aufnahme und dankbare Anerkennung finden konnte — ich glaube, dann wird man mir nicht Unrecht geben, wenn ich es nicht für unnöthig hielt, einen Unterschied in der Weise auszuführen, daß man ihn fortan füglich nicht mehr ignoriren kann.

Die zweite Grundidee meiner Abhandlung bestand in der ebenfalls keine besonderen Schwierigkeiten darbietenden Zerlegung der juristischen Mitwirkung in die Begriffe des Theilnehmers, Ersatzmannes und Stellvertreters und auch hierin scheint Scheurl mit mir im wesentlichen einverstanden zu sein. Ich darf mithin, ohne auf die Grundbegriffe zurückzukommen, mich auf die einzelnen specielleren Differenzpunkte

---

3) Brinz, Kritische Blätter Nr. 2. Erlangen 1852. S. 4 u. 5 Buchka in seiner Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, Rostock 1852, den Brinz kritisirt, hatte den Unterschied freilich ebenso wenig hervorgehoben, da er den Begriff der Stellvertretung nicht weiter erörtert. Auf S. 3 bemerkt Brinz ausdrücklich, „gleichviel, ob sie (die vom Stellvertreter vorzunehmenden Handlungen) Rechtsgeschäfte sind oder nicht" und fügt dann selbst hinzu, daß Puchta die Stellvertretung nur in Rechtsgeschäften zulasse, ohne sich dadurch beirren zu lassen.

4) Münchner krit. Ueberschau Bd. 1 S. 317.

5) Rudorff zu §. 52. Not. a.

zwischen uns beschränken, ohne mich aber dabei an die Reihenfolge derselben in seiner Abhandlung zu binden [6]).

I. Zur Terminologie.

In meinem früheren Aufsatz habe ich diese Frage absichtlich übergangen, weil sie mir keinerlei Ausbeute zu gewähren schien. Ich war nämlich zu dem Resultate gelangt, daß die römischen Juristen, abgesehen von den bekannten Ausdrücken nuntius (auch internuntius) [7]) für eine Art der factischen und procurator für die zwei Fälle der juristischen Mitwirkung anstatt des Principals [8]) für alle bei unserer Frage vorkommenden Begriffe keine irgendwie fest bestimmten Kunstausdrücke haben. Da nun Scheurl rücksichtlich zweier das Gegentheil annimmt (S. 2 u. S. 19 u. fl.), nämlich für ministerium und interposita persona, so will ich davon Veranlassung nehmen, den früher übergangenen Punkt nachzuholen und die Gründe für meine Ansicht mitzutheilen.

Der Ausdruck, dessen die römischen Juristen sich für jede Zuziehung einer Mittelsperson, möge ihre Thätigkeit juristischer oder factischer Art sein, bedienen, ist agere, contrahere, emere etc. per alium im Gegensatz zu dem per se (z. B. tradere per se in l. 9 § 4 de A. R. D. 41. 1. emere vel per se vel per aliam personam in l. 46 de cont. emt. 18. 1). Jene Wendung wird gebraucht

1) vom Boten. l. 4 pro socio (17. 2): societatem coire per nuntium l. 1 § 2 de cont. emt. (18. 1) l. 2 § 2 de O. et A. (44. 7) u. a.

---

6) Der Kürze wegen werde ich im folgenden bloß mit Zahlen citiren, ohne Angabe des Orts. Die Seitenzahlen von 1—34 beziehen sich auf Scheurl's Abh. in diesem Heft, die von 315—338 auf seinen Aufsatz in der Münchener krit. Ueberschau Bd. 1.

7) l. ult. de spons. (23. 1) l. 25 §. 4 de acq. her. (29. 2).

8) Auf das letztere Wort komme ich unten noch zurück.

2) vom Ersatzmann. l. 1 § 2 de proc. (3. 3), l. 46 de cont. emt. (18. 1), l. 22 § 1 de lib. causa (40. 12) si quis per alium emerit utputa procuratorem und l. 5 § 3 de aut. tut. (26. 8) per interpositam personam.

3) vom Stellvertreter. l. 15 § 3 de man. vind. (40. 2) causam probare per procuratorem Gaj. IV, 98 agere per cognitorem.

Ebenso allgemein ist die Bedeutung des Ausdrucks ministerium, und so unverkennbar er in einigen Stellen auf die rein factische Dienstleistung bezogen wird, wie z. B. l. 15 de const. pec. (13. 5) (was auch von mir selbst S. 175 anerkannt ist) und l. 1 § 1 ad SC. Vellej. (16. 1), so wenig haltbar ist die Behauptung von Scheurl, daß der römische Sprachgebrauch ihn nur in diesem beschränkten Sinne genommen habe. Man sehe z. B. die l. 40 de A. R. D. (41. 1), wo ministerium et opera von Rechtsgeschäften der Sklaven für ihre Herren l. 10 § 1 de edendo (2. 13), l. 49 de don. i. V. (24. 1), l. 23 de mort. c. don. (39. 6), l. 18 pr. de poss. (41. 2), in denen der Ausdruck von juristischen Dienstleistungen einer freien Mittelsperson gebraucht wird.

Auch der Ausdruck: opera, dem man von vornherein eine ausschließliche Beziehung auf factische Dienste beilegen möchte, erscheint in Anwendung auf Rechtsgeschäfte. S. z. B. außer der bereits citirten l. 40 de A. R. D. die l. 19 ibid. (Antretung einer Erbschaft von Seiten eines Sklaven), l. 1 § 20 de A. P. (41. 2) (Besitzerwerb durch Stellvertreter). Ein anderer ganz allgemeiner Ausdruck für die Dienstleistung der Mittelsperson ist officium, l. 24 § 2 de usur. (22. 1), l. 10 § 1 de edendo (2. 13) (in Zusammenstellung mit ministerium von der juristischen Thätigkeit des argentarius), l. 5 § 2 depos. (16. 3), l. 14 de off. Praes. (1. 18).

(von der factischen Dienstleistung des Wächters) u. a. Stellen bei Dirksen in seinem Manuale.

Von den Ausdrücken zur Bezeichnung der Mittelsperson ist zunächst der nur selten vorkommende Ausdruck adjutor (z. B. l. 40 § 4 de statut. 40. 4, l. 13 § 1 de tut. 26. 1) offenbar kein technischer, ebenso wenig media persona (z. B. l. ult. Cod. si quis alt. 4. 50). Die Betheiligung derselben an dem fremden Geschäft wird mit intervenire (z. B. l. 7 § 8 pro emt. 41. 4 interveniente libera persona), die Zuziehung derselben von Seiten des Principals mit interponere bezeichnet. Dem letztern Ausdruck will Scheurl (S. 19 fl.) eine engere Bedeutung geben; interposita persona soll der von mir übersehene Ausdruck des römischen Rechts für den Ersatzmann sein. Allein die von ihm selbst citirte l. ult. de spons. (23. 1) beweist, daß der Ausdruck ebenfalls kein technischer war; denn er kann in dieser Stelle, wie Scheurl selbst zugibt, nur von factischen Dienstleistungen der Mittelsperson verstanden werden. Sodann ist bemerkenswerth, daß er da, wo er vom Ersatzmann gebraucht wird, doch vorzugsweise die Nebenbedeutung einer unerlaubten, betrügerischen Benutzung desselben hat. Von den Stellen, die Brissonius, Dirksen (unter interponere) und der Verfasser anführen, ist in folgenden die Beziehung auf eine fraus entweder ausdrücklich oder doch der Sache nach angegeben: l. 12 si quid in fraudem (38. 5), l. 14 quae in fraudem (42. 8), l. 32 § 4 de adm. (26. 7), l. 32 § 2 ad SC. Vell. (16. 3), l. 3 pr. Rat. rem (46. 8) (Umgehung der erforderlichen Bestellung eines Curators, l. 7 § 2 quib. ex c. min. 4. 4). Eine betrügerischer Weise oder Scheines halber vorgeschobene Person wird sonst auch wohl mit subjecta oder supposita persona bezeichnet, l. 4 § 5 de in diem (18. 2) si falsus emptor subjectus sit, l. 14

§ 1 ibid., l. 24 § 2 de lib. causa (40. 12), l. 19 § 3 de neg. gest. (3. 5), l. 49 pr. de act. emti (19. 1) imaginarium colonum supposuit, l. 22 § 3 Mand. (17. 1), l. 3 Cor. si cert. (4. 2), l. 23 § 1 Mand. (4. 35), l. 91 de solut. (46. 3). Die „interposita persona" der l. 52 ad leg. Falc. (35. 2) wird ebenfalls als Scheinlegatar, als Figurant bezeichnet, und darum der Abzug der Quart in dem dort berührten Verhältniß ausgeschlossen, während der Ersatzmann nie Figurant ist. Was derselbe Ausdruck in l. 87 § 7 ibid. zu bedeuten hat, lasse ich dahin gestellt. In der l. 5 § 2 de don. i. V. (24. 1) erscheint die interposita persona ebenfalls wieder bei dem Versuch der Umgehung eines gesetzlichen Verbotes. Dagegen will ich allerdings nicht läugnen, daß der Ausdruck auch ohne diese Nebenbedeutung vorkommt, aber soviel ich gesehen habe nur bei Schenkungen, s. l. 4 de donat. (39. 5), l. 5 pr., l. 11 § 6—8 de don. i. V. (24. 1). Wenn aber Scheurl hier die interposita persona als Ersatzmann charakterisirt und darauf hin letzteren in Anschluß an diesen Ausdruck Zwischenperson nennen will, so kann ich mich damit nicht einverstanden erklären. Die erste Stelle lautet: etiam per interpositam personam donatio consummari potest, die zuletzt citirten Stellen besprechen den Fall einer Schenkung zwischen Verlobten beziehungsweise Ehegatten per interpositam personam. Welche juristische Bedeutung hat hier nun die interposita persona? Wie mir scheint, verwechselt Scheurl den Besitz und die Schenkung. Die Mitwirkung einer Mittelsperson für die von dem Einen an den Andern beabsichtigte Schenkung kann eine doppelte sein. Es kann nämlich die Absicht sein, daß die Mittelsperson das Geschenk im eignen Namen mache, so daß der eigentliche Schenker gar nicht hervortritt, oder aber, daß sie das Geschenk im Namen des letzteren übergebe oder

in dem des Beschenkten in Empfang nehme [9]). Nur im ersteren Fall erkenne ich nach der von mir gegebenen Begriffsbestimmung die Mittelsperson als Ersatzmann an. Sollte nun die interposita persona in den obigen Stellen die Bedeutung des Ersatzmannes haben, so müßte in denselben nur von dieser Art der Schenkung die Rede sein, wogegen aber schon der Umstand zeugt, daß der interpositus auch vom Beschenkten zugezogen wird. Rücksichtlich des Besitzerwerbes und Eigenthums könnte derselbe nichtsdestoweniger die Bedeutung eines wahren Ersatzmannes haben, d. h. der Schenker könnte zunächst Besitz und Eigenthum auf ihn übertragen mit der Auflage, die Sache seiner Zeit dem Andern zu tradiren, und ich will gern einräumen, daß die Stellen vorzugsweise diesen Fall im Auge haben. Allein ob schlechthin, möchte ich sehr bezweifeln, denn ganz abgesehen von der l. 5 pr. cit. [10]) kann ich nicht glauben, daß der allgemeine Ausspruch in der l. 4 cit. de donat. eine so enge

---

9) Im Fall der l. 25 de don. (39. 5) lautete der Auftrag: ut Titio meo nomine donares, der Mandatar aber übergab suo nomine; der Auftrag hätte von vornherein auch auf letzteres lauten können.

10) Scheurl S. 22 urgirt das dare, allein daß der Ausdruck dare und tradere auch im Sinn des natürlichen Hingebens (ohne Beziehung auf juristischen Besitz und Eigenthum) gebraucht wird, darüber s. l. 8, 25 de pecul. (15. 1), l. 22 § 7 Mand. (17. 1) und namentlich l. 2 § 6 de donat. (39. 5).. pecuniam dederit, ut ad me perferret, l. 6 de man. (40. 1), l. 3 § 1, l. 11, l. 39 §. 2 de statut. (40. 7). Am schlagendsten ist die l. 25 de donat. (39. 5). In dem Fall, den sie behandelt, hatte die Mittelsperson offenbar nicht das Eigenthum erhalten, denn sonst hätte sie dasselbe, wie auf jede andere Person, so auf die ihr aufgegebene übertragen können, nichts destoweniger gebraucht der Jurist die Worte: Si tibi dederim rem, ut Titio meo nomine donares et tu tuo nomine eam ei dederis. Sollte das dare und tradere bei der interposita persona der l. 5 pr. cit. de don. i. V. (24. 1) einen andern Sinn haben?

Beziehung haben sollte. Doch selbst angenommen, daß der Ausdruck: interposita persona nicht, wie ich annehme, die allgemeine und unbestimmte Bedeutung einer Mittelsperson, sondern die des Ersatzmannes habe, so scheint er mir jedenfalls völlig ungeeignet zu sein, um ihn in der Weise, wie Scheurl es beabsichtigt, im Deutschen nachzubilden. Seine „Zwischenperson" unterscheidet sich in nichts von „Mittelsperson," und den letztern Ausdruck sind wir einmal gewohnt im ganz allgemeinen Sinn zu gebrauchen; die Gefahr der Verwechselung, der ich gerade auch durch die Wahl des Ausdrucks hatte vorbeugen wollen, würde durch seinen Vorschlag anstatt verringert, umgekehrt noch erhöht. So wenig ich an dem Namen Ersatzmann hänge, und so bereitwillig ich einen passenderen adoptiren werde, so ist er doch unter allen, zwischen denen meine Wahl bisher schwankte, entschieden der geeignetste. Einmal nämlich ist er bisher im Privatrecht noch in keiner Weise benutzt, er ist noch ganz intact, ein verbum vacans, das die Wissenschaft für sich in Besitz nehmen kann. Sodann aber stimmt zu der Bedeutung, die ich ihm geben will, der Sinn, in dem er bereits im öffentlichen Recht eingebürgert ist. Der „Ersatzmann," der für einen ständischen Deputirten gewählt wird, ersetzt ihn, aber ohne seine Stelle zu vertreten, d. h. fungirt nicht in dessen Namen, sondern im eignen, er ist selbst Deputirter.

Die subjective Bestimmung des Geschäfts, ob es für den Handelnden selbst oder für einen andern berechnet ist, bezeichnen die Römer bekanntlich mit dem Gegensatz suo und alieno nomine (agere, emere, possidere, obligari etc.). Der Name, nomen, ist der natürliche Ausdruck für die Beziehung desselben zu dem Subject, gewissermaßen die Signatur, Addresse des Rechtsgeschäfts; wessen Name genannt wird, den betrifft das Geschäft. Darum klagt der Procurator „alieno

nomine," wenn er auch nicht, wie der Cognitor, directe Wirkung für den Principal hervorbringt, denn der Name des letzteren wird in der Klage genannt, darum erwirbt der Stellvertreter den Besitz „alieno nomine," denn der Tradent bezeichnet ihm den, für den er ihn ergreifen soll. Der Ersatzmann hingegen nennt den Namen seines Mandanten nicht, er handelt also zwar für einen andern, allein nicht alieno nomine; die Beziehung des Geschäfts auf einen Andern ist eine bloß innerliche, subjective, tritt in der Handlung selbst nicht äußerlich, objectiv hervor. Schon aus diesem Grunde war die Stellvertretung im älteren Recht unzuläßig, die alten Formeln lauteten auf den Handelnden selbst, ein alieno nomine lege agere war ausgeschlossen, da ein alienum nomen in der Formel keinen Platz fand. Eben darum aber stand dieser Grund dem Erwerb des Hausherrn durch die ihm untergebenen Personen nicht im Wege, da es hier einer Stellung des Geschäfts auf seinen Namen überall nicht bedurfte.

Alieno nomine agere etc. ist also ursprünglich im rein wörtlichen Sinn Stellung des Geschäfts auf fremden Namen gewesen, allein dieser rein wörtliche, engere Sinn ist vertauscht gegen den weitern: einer im Geschäft selbst äußerlich hervortretenden Beziehung auf eine dritte Person, so daß also der Ausdruck auch von solchen Handlungen eines Stellvertreters gebraucht wird, die zu einer Nennung des Namens des Principals überall keine Gelegenheit darbieten, wie z. B. bei der Specification, Occupation für einen Andern [11]), oder bei denen eine Nennung des Namens zwar möglich gewesen wäre, aber unterblieben ist, insofern nur in beiden Fällen die Be-

---

11) l. 25, l. 27 § 1, 2 de A. R. S. (41. 1), l. 31 § 1 de don. i. V. (24. 1).

stimmung für den Principal ohnehin aus den Umständen hervorgeht. Wenn Scheurl (S. 27, 28) es bezweifelt, ob unser Ausdruck ein sicheres Kennzeichen der Stellvertretung sei und gegen die Anwendung desselben auf den Ersatzmann an sich nichts zu erinnern findet, so erscheint mir dies von vornherein höchst bedenklich. Denn der Ersatzmann charakterisirt sich gerade dadurch, daß er kein nomen alienum nennt, oder, wie die l. 4 § 1 de man. (40. 1) es positiv ausdrückt, daß er emtioni suum nomen accommodat, und welches Gewicht die Römer auf das nomen legten (insofern es sich nicht um eine bloße Simulation handelte), zeigen namentlich die sämmtlichen Stellen im Codex Titel: si quis alteri (4. 50)[12]. Bei dem Procurator absentis, den Scheurl mir entgegenhält, ist die Intention für den andern zu handeln nicht etwas rein Innerliches, sondern sie tritt im Geschäft selbst hervor, die Formel nennt den Namen des Principals, sie bezeichnet die Proceßsache als die seinige, wenn immerhin auch die Wirkungen der Proceßführung lediglich auf der Person des Procurators beharren bleiben. Nichtsdestoweniger wage ich nicht zu behaupten, daß der Ausdruck nie in einem andern, als dem von mir ihm untergelegten Sinn gebraucht worden sei, ich kann nur sagen, daß ich bisher keinen Anlaß gefunden habe, daran zu zweifeln.

Schließlich komme ich noch einmal auf den Ausdruck procurator zurück, und zwar auf Grund einer viel besprochenen Stelle, der l. 5 § 10 de instit. (14. 3). Da dieselbe ein ungleich weiteres, als bloß terminologisches Interesse hat, so will ich, um nicht durch den letzteren Gesichtspunkt eingeengt zu sein, sie zum Gegenstand einer selbständigen Betrachtung machen.

---

12) Im übrigen verweise ich auf S. 322 u. fl.

II. Erklärung der l. 5 § 10 de inst. act.

Ich lasse zunächst den Text hier abdrucken:

Sed et cum fullo peregre proficiscens rogasset[13]), ut discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret, post cujus profectionem vestimenta discipulus accepisset et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus, sin vero quasi institor, teneri eum. Plane si adfirmaverit mihi recte me credere operariis suis non institoria, sed ex locato tenebitur.

Von ältern Juristen ist die Stelle wenig berücksichtigt[14]), in neuerer Zeit hingegen sind darüber drei verschiedene Ansichten aufgestellt, von Puchta, Thöl und v. Vangerow[15]). Puchta macht den Vorschlag, imperaret in imperarem zu ändern, und zwar soll hier imperare in dem Sinn gebraucht sein, in dem es hie und da vorkömmt[16]), nämlich für: Kunde sein, so daß die Bitte des verreisenden Fullo darin bestanden hätte, in seiner Abwesenheit die Bestellungen bei seinen Lehrjungen zu machen. Wenn Vangerow diese Conjectur für ganz verfehlt und sinnentstellend erklärt, so kann ich ihm darin nur beistimmen. Denn Puchta bringt den Juristen mit

---

13) Einige Ausgaben setzen quem hinzu, z. B. Haloander und die glossirte Ausgabe Venet. apud Juntas 1498, die Basiliken XVIII, 1 l. 5 § 10 me (ἤτησέ με).

14) Hommel, Corp. jur. cum not. var., sowie Glück, Commentar im Register ad h. loc. enthalten keinen Nachweis, Schulting, Not. ad Dig. erwähnt nur des unten angegebenen Verbesserungsvorschlags von Reitz.

15) Puchta, Pandekten § 278 Not. d, Thöl, Handelsrecht I. § 33 Not. 4, v. Vangerow, Leitf. § 661 (Bd. 3 Aufl. 6 S. 513 fl.), welcher letztere zugleich einige andere Schriftsteller citirt.

16) Puchta verweist auf l. 26 pr. de op. lib. (38. 1), wo imperantes die Kunden sind.

sich selbst in Widerspruch. Hatte nämlich der Meister, wie es am Ende der Stelle heißt, versichert: recte me credere operariis suis, so soll er schlechthin ex locato haften. Dasselbe muß aber auch dann gelten, wenn er den Kunden aufgefordert hatte, in seiner Abwesenheit bei ihm arbeiten zu lassen, denn der Unterschied liegt hier nur in den gebrauchten Worten. Wenn Rudorff (zu Puchta a. a. O.), um die Differenz beider Fälle zu betonen, die Aufforderung im ersten Fall nur „in allgemeinen Ausdrücken" erfolgen läßt, so darf man ihn fragen, ob denn die Versicherung am Ende der Stelle auf ein bestimmtes einzelnes Geschäft und nicht viel mehr ebenso allgemein und unbestimmt auf alle während der ganzen Dauer der Abwesenheit vorkommenden Bestellungen gerichtet war. In beiden Fällen verweist der Meister den Kunden auf seine Gesellen, und wenn der Jurist darauf hin in dem einen Fall bei dem später von der anderen Seite erfolgten Auftrag einen Contract zwischen beiden Theilen annimmt, so muß er es auch im andern thun, und es ist nicht abzusehen, warum, wenn im letzteren Fall noch außerdem der Lehrjunge als Institor hätte bestellt sein müssen, davon in dem andern Fall Umgang genommen werden konnte. Auch hier schließe ich mich ganz der Bemerkung von Vangerow an, dem es nicht zweifelhaft erscheint, „daß (in dem ersten Fall) der Fullo immer haften müßte, möchte der diebische Lehrling als procurator oder als institor angestellt gewesen sein," ja ich setze hinzu, selbst wenn weder das eine, noch das andere Statt fand, denn der Meister haftet hier ja nicht, weil er die Lehrlinge zur Annahme, sondern weil er den Kunden zur Abgabe der Kleider an sie autorisirt hat. Wie nach Rudorff „die Unrichtigkeit dieser Ansicht aus l. 11 § 5 de inst. act. (14. 3) erhellen soll," vermag ich platterdings nicht einzusehen, und die Supposition eines offenbaren Miß-

verständnisses auf seiner Seite, zu der Vangerow sich genöthigt gefunden hat, möchte kaum abzuwehren sein.

Angenommen aber, die ihm so anstößigen „allgemeinen Ausdrücke,“ in denen der Meister um Kundschaft bittet, hätten eine directe Haftung desselben nicht begründen können, letztere hätte also lediglich auf die Institorenqualität des Lehrlings gestützt werden müssen, ich frage: wozu denn die Erwähnung der Aufforderung an den Kunden, wozu der ganze Passus bis imperarem? Hätte nicht dasselbe Resultat auch dann eintreten müssen, wenn die Aufforderung völlig unterblieben wäre? Die Puchta'sche Conjectur bürdet dem Juristen die Erwähnung eines nicht bloß völlig einflußlosen, sondern noch dazu leicht irre führenden Umstandes auf.

Vangerow's eigene Ansicht, die wie die Thöl'sche auf den unveränderten Text der Stelle gebaut ist, scheint mir ebensowenig haltbar zu sein. Sie geht mit den Basiliken davon aus, der Meister habe bei seiner Abreise irgend einen Dritten mit der Aufsicht über die Lehrjungen beauftragt, und die Frage, ob er durch die Handlung des ungetreuen Lehrlings verpflichtet werde, werde darauf gestellt, ob der Dritte bloß als Procurator oder als Institor zurückgelassen sei. Im ersteren Fall sei ein Stillstand des Geschäfts eingetreten, und mithin habe der Lehrling die Kleider gar nicht annehmen dürfen, im letztern finde, da der Betrieb des Geschäfts keine Unterbrechung erlitten, das Gegentheil Statt. Thöl setzt in seiner prägnanten Weise dieser Erklärung nichts als die Frage entgegen: woher die act. instit. aus dem Contract des discipulus, wenn ein Anderer institor ist? — und auf diese Frage hat Vangerow auch in der neusten Auflage seines Werkes nicht geantwortet und, füge ich hinzu, es nicht vermocht; denn mit ihr ist, wie ich meine, seine Ansicht vollständig widerlegt. Damit der Meister durch Annahme der Kleider von Seiten

des Lehrlings verpflichtet werde, muß letzterer Institor gewesen sein. Die Anwesenheit oder Abwesenheit des Meisters, die Bestellung des Dritten zum Procurator oder Factor ist für diesen allein in Betracht kommenden Umstand ohne allen Einfluß. Entweder nämlich war der discipulus von vornherein nicht ermächtigt, die Kleider anzunehmen, d. h. er war nicht Institor — dann wird er es dadurch doch nicht, daß der Meister verreist und einen Andern als Institor bestellt; oder er war Institor — dann bleibt er es auch, wenn der Meister verreist, möge er die Leitung des Geschäfts irgend einem Dritten anvertrauen oder nicht. Oder sollte wirklich ein rechtlicher „Stillstand des Geschäfts" eintreten, wenn ein Krämer verreist, ohne einen Factor zu bestellen? Erlischt dadurch die Institorenqualität seiner Ladendiener? Sollte eine bloße Reise des Principals den dritten Contrahenten gefährlicher sein, als der Tod desselben[17])? Jener Factor Vangerow's ist ein völlig bedeutungsloser Statist, die handelnde Person ist bloß der discipulus, und sein rechtlicher Charakter ist von dem Dasein oder Nichtdasein eines solchen Oberinstitors völlig unabhängig; was er nicht ist, kann er durch ihn nicht werden, und was er ist, bleibt er auch ohne ihn.

Darin trifft nun Thöl nach meiner Meinung entschieden das Richtige, daß er sich mit der Glosse[18]) als den mit der Aufsicht der Uebrigen Beauftragten den discipulus denkt. Wenn Rudorff gegen diese wie Vangerow's Erklärung den Einwand macht, „daß discipulis suis imperare sprachlich nicht heißen kann: über seine Lehrlinge die Aufsicht führen," so muß ich dieser Behauptung mit derselben Entschiedenheit entgegentreten, mit der sie von Seite Rudorff's aufgestellt ist.

---

17) l. 5 § 17 de inst. act. (14. 3).

18) Accursius fügt zu rogasset hinzu: peritiorem discipulum.

Daß imperare unter andern auch die Bedeutung von Arbeiten auftragen hat, daraus folgt doch nicht, daß es dieselbe überall haben muß, wie bereits Thöl, freilich ohne allen Erfolg, erwidert hat. Imperare wird auch vom Arzt gebraucht, der dem Patienten etwas verordnet, aber wer möchte darum behaupten, daß nicht auch ein Arzt ein imperare im gewöhnlichen Sinn vornehmen kann! In diesem gewöhnlichen Sinn heißt Imperare befehlen, gebieten, warum sollte man es also nicht in dem vorliegenden Verhältniß durch: Aufsicht führen wiedergeben dürfen? Oder sollte die Verbindung des imperare mit discipulis die Beibehaltung seiner gewöhnlichen Bedeutung zu einer „sprachlichen Unmöglichkeit" machen? Ich verweise einfach auf die bei Brissonius gleich zu Anfang des Artikels imperare abgedruckte Stelle aus Seneca de Clement. I. c. 16: imperat princeps civibus suis, pater liberis, praeceptor discentibus. Wenn der praeceptor selbst discentibus oder discipulis imperat, warum sollte er dasselbe nicht auch einem Andern auftragen können? Ein ähnliches Verhältniß, wie das des Meisters zu der familia urbana, ist das des villicus zu der familia rustica, und gerade für dies Verhältniß ist, wie die scriptores rei rusticae zeigen, der Ausdruck: imperium, imperare, imperitare der stehende [19]).

Eine andere Einwendung gegen die Thöl'sche Auffassung der Stelle ist die Gezwungenheit der Construction. Die eigentliche Hauptperson des Falls wird anfänglich gar nicht genannt und taucht erst hinterher und zwar in einer Weise auf,

---

19) S. z. B. Columella, De re rust. XI. c. 1 imperandi scientiam ... imperitandi parum prudentes: exsequi, quod imperatur ... ipse agere aut cuiquam imperare ... in majoribus imperiis (ed. Bip. II. p. 414, 415, 417, 420), Pall. Rutil. I. 6 (ed. Bip. III. p. 17) officia juvenum conveniunt, imperia seniorum.

als ob sie bereits aus dem vorhergehenden völlig bekannt wäre. Sodann müßte ferner, wie Vangerow einwendet, discipulis suis für ceteris fullonis discipulis genommen werden, und bei den beiden Verbis rogasset und imperaret wird Jeder das Subject vermissen. Darum schieben die Basiliken zu rogasset me, einige Ausgaben aliquem ein.

Ich stimme darin nun mit Puchta überein, daß der Text corrumpirt ist, allein der Fehler steckt nicht da, wo er ihn sucht, sondern in den Worten: discipulis suis. Reiz hat vorgeschlagen: discipulus suus zu lesen, allein dadurch entsteht nur eine andere, neue Härte. Ich halte discipulus bei und lese für suis: servis. Bekannt ist, daß die Handwerker in Rom ihr Geschäft vorzugsweise mit Sklaven betrieben, letztere bilden einen so wesentlichen Theil der „taberna," daß das Legat des instrumentum tarbenae auch sie umfaßt [20]), und die „instructa taberna" als „quae et rebus et hominibus ad negotiationem paratis constat" definirt wird [21]). Eine Werkstätte mit lauter Lehrjungen (ohne Gesellen) möchte doch bei den Römern wohl ebenso selten gewesen sein wie bei uns. Durch den Gegensatz zu servis wird uns der discipulus als freie Person charakterisirt [22]), und dadurch gewinnt zugleich das vorgesetzte Verhältniß, in das er zu den übrigen operarii tritt, einen bessern Anstrich. Daß der Meister den Sklaven die Werkstätte oder den Laden übergibt — denn ich vermag das quibus nicht mit Thöl auf instructam, sondern nur auf tradiderat zu beziehen — wird

20) l. 13 de instr. leg. (33. 7).

21) l. 185 de V. S. (50. 16).

22) Ein bekanntes Seitenstück zu diesem freien Lehrling ist das unglückliche Opfer des jähzornigen Schusters, dessen Andenken die l. 5 § 3 ad leg. Aq. (9. 2) der Nachwelt aufbewahrt hat.

hoffentlich kein Bedenken erregen [23]). Daß servis leicht mit suis verwechselt werden konnte, und daß, wenn diese Verwechselung einmal geschehen war, die Veränderung von discipulus in discipulis sich mit Nothwendigkeit daraus ergeben mußte, bedarf keiner Bemerkung. Wer daran Anstoß nimmt, daß nicht bloß sämmtliche Handschriften, sondern auch die Basiliken übereinstimmend discipulis hier lesen, dem diene zur Antwort, daß die Corruption des Textes bereits in dem officiellen Exemplar Justinian's vorhanden gewesen sein und seinen letzten Grund in einer fehlerhaften Abschrift der betreffenden Schrift von Ulpian gehabt haben mag.

In sachlicher Beziehung verdienen folgende drei Punkte in unserer Stelle Hervorhebung.

Zuerst die Bedeutung, in der hier das Wort procurator gebraucht wird, nämlich für eine mit factischen Dienstleistungen beaustragte Mittelsperson. Der gegebene Auftrag, sagt Ulpian, kann entweder den Sinn gehabt haben, daß der Mandatar den Mandanten rücksichtlich der rechtlichen Seite der Geschäftsleitung vertrete, also die erforderlichen Rechtsgeschäfte mit dritten Personen abschließe, hier wird er institor; oder aber den, daß er bloß die Oberaufsicht über die Arbeiter und den innern Betrieb des Geschäfts führe — hier vertritt er ihn bloß rücksichtlich des rein factischen Theils der Geschäftsleitung, und seine Rechtsgeschäfte mit dritten Personen erzeugen für den Mandanten keine Wirkung. Wenn Ulpian seine Stellung in diesem zweiten Fall als die eines procurator bezeichnet, so gebraucht er den Ausdruck ausnahmsweise in dem ungenauen, weitern Sinn des gewöhnlichen Lebens, in dem auch wir heutzutage wohl den Ausdruck Stell-

---

23) So wird tradere in Anwendung auf Herrn und Sklaven, z. B. in l. 8 de pec. (15. 1), gebraucht.

vertreter nehmen, für den Stellvertreter in rein factischen Dingen [24]). Ich sehe wenigstens keine Möglichkeit ab, diese Annahme abzuwehren, denn wie anders sollte sich der Jurist den Gegensatz zwischen procurator und institor gedacht haben? Da der institor alle Rechtsgeschäfte, die zum Betrieb des Geschäfts nöthig sind, abschließen darf, so bleibt als Gegensatz und mithin als Gegenstand der Dienstleistungen des procurator nichts übrig, als das rein Factische der Beaufsichtigung des Personals [25]).

Der zweite Punkt betrifft den rechtlichen Charakter der Lehrjungen. Aus unserer Stelle geht hervor, daß der Lehrling eines Handwerkers nicht ohne weiteres als institor zu betrachten ist. Dagegen lehrt Paulus in seinen Sent. rec. II. 8 § 3: quod cum discipulis eorum, qui officinis vel tabernis praesunt, contractum est, in magistros vel institores tabernae in solidum actio dabitur, und nach dem Werk, dem diese Stelle angehört, müßte dies ein feststehender Satz der römischen Praxis gewesen sein, was andererseits freilich schwer hält zu glauben. Wahrscheinlich wird der westgothische Epitomatot des Werks, der nicht selten geändert und gekürzt hat [26]), die näheren Voraussetzungen, welche Paulus hinzufügte, ausgelassen haben. Für das heutige Recht hat die Frage kein weiteres Interesse, da die betreffende Stelle von Paulus von den Compilatoren in die Pandekten nicht aufgenommen ist.

---

24) Namentlich ward der Verwalter eines Guts so genannt. S. Freund, Wörterbuch unter procurator u. Columella de R. R. I. 6. Veget. ars veter. Praef. In derselben Bedeutung wie Ulpian gebraucht den Ausdruck Quinct. Declam. 345: quod per dispensatores foeneratis, quod familiam per procuratores continetis.

25) Derselbe Gegensatz, den l. 11 § 6 de inst. act. (14. 3) so ausdrückt: magis custodis est loco, quam institoris.

26) Man vergleiche Hommel, Palingenesia tom. II, Paul., Sent. rec. p. 227—268.

Der dritte bemerkenswerthe Punkt ist eine Entscheidung am Ende der Stelle, der zufolge dem Kunden die act. locati (operis) gegen den Meister gegeben wird. Das Beachtenswerthe darin ist nämlich die Freiheit, mit der der Jurist den Begriff des Consenses und den des Miethcontractes handhabt. Den ersteren — denn das Object des zwischen dem Meister und Kunden angenommenen Vertrages ist im voraus noch gar nicht bestimmt, der Consens des einen Theils mithin ein ganz allgemeiner und eventueller. Da der Vertrag unmittelbar zwischen beiden Personen zu Stande kommt, so ist es gleichgültig, ob der Lehrling, dem die Kleider übergeben werden, institor war oder nicht, die Annahme derselben von seiner Seite fällt unter den Gesichtspunkt der rein factischen Dienstleistung des Gehülfen. Rücksichtlich des zweiten Begriffs, abstrahirt Ulpian von dem von Gajus in l. 22 de praes. verb. (19. 5) und darnach in § 1 J. de loc. (3. 25) für diesen Vertrag aufgestellten Requisit einer im voraus bestimmten merces. Dasselbe beruhte auf theoretischer Aengstlichkeit und hatte keinen vernünftigen praktischen Grund. Heutzutage, wo die beiden Wirkungen, die sich an den Unterschied zwischen der act. praescr. verb. u. act. loc. knüpfen, die verschiedene Formulirung der Klage und das jus poenitendi bei Innominatcontracten hinweggefallen sind, ist es eine Gedankenlosigkeit, oder, wie Justinian sagt, antiquae subtilitatis ludibrium [27]), den Unterschied selbst beizubehalten und mit Gajus und Justinian den Begriff der locatio von der merces certa abhängig zu machen, bei Nichtvorhandensein aber einen Innominatcontract anzunehmen.

27) l. un. Cod. de nud. jur. Quir. (7. 25) ... nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum et superfluum verbum.

III. Hingabe auf fremden Namen.

Eine Bemerkung Scheurl's (S. 2, 3) hat mir Veranlassung gegeben, einen bisher angefochtenen Satz einer unbefangenen Prüfung zu unterwerfen und ich bin, nachdem der Verlauf meiner Untersuchung mehr und mehr Zweifel an der Richtigkeit desselben in mir hervorrief, schließlich zu der entschiedenen Ueberzeugung seiner Unhaltbarkeit gelangt. Der Satz, um den es sich handelt, ist die Behauptung, daß man nach römischem Recht aus den Verträgen eines nicht beauftragten Dritten keine directe Klage erwerbe, und der Satz, den ich meinerseits demselben entgegensetze, ist die Behauptung, daß derselbe bei allen Rechtsgeschäften, bei denen durch Hingabe eine directe oder eventuelle Verpflichtung zur Zurückgabe begründet wird, also nicht bloß bei den benannten Realcontracten, sondern auch bei der Dos, Donatio propter nuptias, der Schenkung, der Zahlung einer Nichtschuld u. s. w. eine Ausnahme erleidet, insofern hier die Hingabe auf Namen der dritten Person erfolgt ist. Obgleich meine Untersuchung über die Bemerkung Scheurl's, welche mich auf dieselbe geführt hat, weit hinausgeht, so will ich sie doch zunächst an letztere anknüpfen.

In meiner Abhandl. S. 283 u. fl. hatte ich den Versuch gemacht, den Begriff des Gehülfen zur Erklärung eines anscheinend höchst singulären Satzes aus der Theorie des Darlehns zu verwenden. Der Strenge nach müßte nämlich die zum Darlehn gegebene Sache (ich will im folgenden nur von Geld sprechen) unmittelbar aus dem Vermögen des Darleihers in das des Empfängers gelangen, es müßte mithin bei Uebersendung des Geldes durch eine Mittelsperson der Kläger den Beweis führen, daß die abgelieferten Geldstücke mit den von ihm der Mittelsperson eingehändigten identisch gewesen

seien [28]). Die an Unmöglichkeit gränzende Schwierigkeit dieses Beweises führte die römische Praxis dazu, den Beweissatz dahin zu ermäßigen: daß die Mittelsperson im Namen des Klägers so und so viel Geldstücke abgeliefert habe, ohne dem Beklagten die Frage von der Identität derselben zum indirecten Gegenbeweis vorzubehalten. Mit dieser processualischen Regel war der materielle Rechtssatz gewonnen, daß M. aus eigenem Vermögen im Namen des A. ein Darlehn geben könne. Wollte man diesen Satz mit der Theorie des Darlehns in Harmonie bringen, so mußte man sagen: M. wird nach einer praesumtio juris et de jure stets als Ueberbringer betrachtet, d. h. er gilt als Gehülfe, auch wenn er in Wirklichkeit als Stellvertreter gehandelt hat.

Mit dieser Auffassung hat sich Scheurl, insoweit es sich dabei bloß um das Geben handelt, einverstanden erklärt, dagegen einen andern Punkt, den ich bei meiner Darstellung übergangen habe, da es mir bei derselben nur auf die juristische Charakteristik des Ueberbringens ankam (S. 282), in Anregung gebracht, und ich benutze gern die mir dadurch gewordene Gelegenheit, meine dortigen Ausführungen zu vervollständigen. Dieser Punkt betrifft den beim Darlehn wie bei jedem Vertrag erforderlichen Consens zwischen beiden Parteien. Das Darlehn, sagt Scheurl [29]), besteht aus zwei Elementen, der res und dem Consens. Das erste Requisit kann die Mittelsperson dem Darleiher abnehmen, nicht aber das zweite. Immer ist also ein eignes Wollen desselben erforderlich, die Mitwirkung der Mittelsperson kann rücksicht-

---

28) Der Kürze wegen gebrauche ich zur Bezeichnung der Personen Buchstaben. A. ist die Person, in deren Namen der Realcontract geschlossen, B. der Empfänger, M. (: Mittelsperson :) der Geber.

29) Schon in der Münchener Ueberschau I. S. 328, 329 hatte er sich in diesem Sinn ausgesprochen.

lich dieses Elements mithin nur in der Mittheilung dieses Wollens bestehen, die Hingabe eines Darlehns auf Namen einer Person, die dazu keinen Auftrag gegeben, ihr also nicht die Darlehnsklage verschaffen, selbst dann nicht, wenn sie hinterher ratihabirt. Eine andere Ansicht, die schon von altersher viele Anhänger zählt [30]), geht davon aus, daß die Ratihabition einer unbeauftragten Geschäftsführung wie anderwärts, so auch hier das Mandat ersetze. Die Möglichkeit einer solchen Ratihabition müßte freilich vom Standpunkt dieser Ansicht aus streng auf den Fall einer wirklichen Geschäftsführung beschränkt werden, es würde mithin eine Schenkung des M. an den A. sich in dieser Weise nicht bewerkstelligen lassen. Noch weiter geht Heimbach der Jüngere [31]), indem er von dem vorausgehenden oder nachfolgenden Willen des A. völlig absieht, dagegen andererseits eine Beschränkung, die freilich praktisch ohne allen Werth ist, hinzufügt, nämlich daß dem A. nicht die actio pecuniae creditae, sondern die von ihr zu unterscheidende cond. certi zu gewähren sei.

Meiner Ansicht nach ist es nun vollkommen gleichgültig, ob die Zustimmung des A. vorausgeht oder nachfolgt, ob M. animo negotia gerendi oder donandi das Darlehn gibt, in allen Fällen ist dem A. sofort ohne sein Wissen und Wollen die Klage aus dem Darlehn erworben. Bevor

---

30) Siehe die Interpreten zum Titel de reb. cred. (12. 1) ad l. 9 § 8, namentlich Merillius (Otto, Thes. III. p. 666), Barclajus (Otto, p. III. 847). Noodt, O. O. II. 276, 277, sodann von Neueren Glück, Comment. Bd. 12 S. 22, Buchka, Lehre von der Stellvertretung S. 84. Ebenso die Glosse zu l. 9 § 8 cit. ad voc. voluntate: et ratum non habeas, und das Scholium zu den Basiliken (lib. XXIII. tit. 1, l. 9 § 8) bei Heimb. p. 600, Nr. 19.

31) Die Lehre vom Creditum S. 171, S. 185.

ich diese Behauptung aus den Quellen erweise, scheint es mir unerläßlich, die Opposition des juristischen Gefühls, auf die sie voraussichtlichermaßen bei jedem meiner Leser stoßen wird, zu beseitigen. Die vorgefaßte Meinung, als ob sie eine juristische Unmöglichkeit enthielte, hat es bewirkt, daß man die Quellen in der willkürlichsten Weise interpretirt hat, und ich glaube darum schon halb gewonnenes Spiel zu haben, wenn ich den Leser von der Irrigkeit jenes Vorurtheils überzeugt haben werde.

Ich stelle mich auch hier wieder auf einen Standpunkt, der meiner Ueberzeugung nach für die Erläuterung des römischen Rechts noch viel zu wenig benutzt ist [32]), den des processualischen Beweises. A. klagt vom B. ein Darlehn ein, welches er ihm angeblich durch M. hat auszahlen lassen. Was hat A. zu beweisen? Beide Elemente des Darlehns: die res und den consensus. Der Beweis des letzteren würde sich auflösen in drei Punkte: 1) daß A. den Willen gehabt, dem B. das Darlehn zu geben und 2) denselben dem B. (sei es unmittelbar oder durch M.) mitgetheilt und 3) letzterer seinerseits seine Zustimmung geäußert habe. Ich nehme nun an, A. hatte in der That dem M. Auftrag gegeben, allein er kann den Auftrag nicht beweisen, andererseits aber läugnet B. nicht, daß M. ihm das Darlehn im Namen des A. eingehändigt, sich also ihm gegenüber als Mandatar des A. gerirt habe. Hier müßte A. der Strenge nach abgewiesen werden. Allein eine solche Strenge war rücksichtlich dieses Punktes ebenso unerträglich und unpraktisch, wie rücksichtlich des Beweises der res (S. 285 a. a. O.); hier wie dort bedurfte

---

32) Ich habe dies mit Beispielen näher ausgeführt in der demnächst erscheinenden zweiten Abth. des zweiten Bandes von meinem Geist des röm. R. S. 347—352.

es einer Erleichterung des Beweises. Rücksichtlich des letzteren Punktes gewährte man dieselbe dadurch, daß man von dem Kläger nur den Beweis der Ablieferung der geforderten Summe in seinem Namen verlangte, man warf also alles Gewicht auf die Handlung des **M.** und erklärte ein Recurriren auf die derselben vorhergehenden und sie veranlassenden Umstände für überflüssig, oder richtiger, man schnitt dasselbe für beide Parteien völlig ab (S. 285 unten); die abgelieferten Geldstücke galten vermöge einer praesumtio juris et de jure für die von A. gegebenen. War nun dieselbe Behandlungsweise rücksichtlich des zweiten Elements, des Consenses, minder zulässig? Der Consens ist dem Darlehn nicht wesentlicher, als die res, und wenn rücksichtlich der letzteren die Ablieferung im Namen des Klägers für genügend erachtet ward, um darauf hin die res, d. h. die Provenienz der Geldstücke aus seinem Vermögen anzunehmen, so konnte man dieselbe Thatsache mit demselben Recht als ausreichend anerkennen, um darauf hin den Consens zu vermuthen. Und ließ man gegen jene Annahme keinen Gegenbeweis zu, warum gegen diese? Die Ausschließung desselben war in dem einen Fall nicht minder oder mehr gerechtfertigt, als in dem andern.

So stellte sich also bei einem durch eine Mittelsperson contrahirten Darlehn der Beweissatz einfach dahin, daß dieselbe im Namen des Klägers dem Beklagten die geforderte Summe zum Darlehn gegeben habe. Das Verhalten und die Mitwirkung des Klägers dabei, sein Eigenthum und Consens, sein Verhältniß zur Mittelsperson, kurz alle sonstigen Umstände kamen gar nicht weiter in Betracht. Mit dieser zunächst rein processualischen Festsetzung war aber, wie rücksichtlich der res der materielle Rechtssatz, daß die Mittelsperson eignes Geld geben könne, so rücksichtlich

des Consenses der Satz gewonnen, daß man auf Namen eines Andern ohne dessen Wollen und Wissen ein Darlehn geben könne. Wollte man diese Consequenz nicht, so durfte man auch die Bestimmung, aus der sie floß, nicht zulassen, wollte man letztere, so mußte man sich jene gefallen lassen, eins ohne das andere war nicht möglich. Ich sage: „gefallen lassen" vom Standpunkt der strengen juristischen Theorie aus, denn im übrigen, d. h. für den Verkehr, wäre die Vorstellung des Unbequemen, Unliebsamen, die sich mit diesem Ausdruck verknüpft, eine durchaus unrichtige. Im Gegentheil waren jene beiden Sätze dem Verkehr höchst bequem und werthvoll. Wie aber fand sich die Jurisprudenz mit ihnen ab, wie vereinigte sich dieselbe mit der Theorie des Darlehns? Ganz einfach dadurch, daß sie sagte: vermöge rechtlicher Annahme gilt M. sowohl für die res als den consensus stets als Bote, der A. aber als das eigentliche Subject des Vertrages. Vermöge dieser Auffassung gab man einer Bestimmung, die der Sache nach eine Abweichung von allgemeinen Grundsätzen enthält, eine Wendung, in der sie sich der Form nach mit ihnen vertrug.

Für den Vorgang, den ich hier angenommen, nämlich die Rückwirkung eines die Beweisfrage betreffenden, also processualischen Satzes auf das materielle Recht, bieten sich vielfache Anlogien dar. Statt aller andern verweise ich auf die Bestimmung von Justinian in l. 14 Cod. de contr. stip. (8. 38) [33]), wornach bei einer Klage aus einer Stipulation die in der Urkunde bezeugte Abschließung derselben unter Gegenwärtigen absolute Beweiskraft haben und dem Beklagten nur der Beweis des Alibi (seiner selbst oder des Gegners) am Tage der Ausstellung nachgelassen werden soll. Darin

33) Gneist, Die formellen Verträge S. 260, 261.

steckte der materielle Rechtssatz, der für die Lehre von den Stipulationen kaum eine geringere Singularität enthält, als der von uns behauptete für die Lehre vom Darlehn: Stipulationen können unter Personen, die an demselben Orte anwesend sind, schriftlich errichtet werden. Durch eine ähnliche rein processualische Bestimmung änderte dieselbe Constitution einen Fundamentalsatz des ältern Rechts rücksichtlich des Erwerbs durch Sklaven. Justinian verordnete nämlich, daß, wenn bei Abschluß eines Contractes durch einen Sklaven letzterer im Vertragsinstrument als Sklave desjenigen, dem die Forderung zugedacht war, angeführt sei, dies schlechthin angenommen werden solle. Darin lag der Rechtssatz: man kann sich bei Abschließung schriftlicher Verträge durch fremde Sklaven vertreten lassen. Dieses letztere Verhältniß hat mit dem unsrigen die größte Aehnlichkeit; bei beiden gilt die Mittelsperson vermöge rechtlicher Fiction als das, wofür sie sich beim Abschluß des Geschäfts ausgibt, dort als unser Sklav, hier als unser Gehülfe.

Die ganze bisherige Erörterung hat nur einen hypothetischen Werth, indem sie nämlich einen Rechtssatz bereits zu erklären suchte, dessen Existenz noch gar nicht nachgewiesen ist. Den Beweis desselben will ich dadurch einleiten, daß ich zunächst einige andere Rechtsverhältnisse vorführe, bei denen der Satz, den wir für das Darlehn erst suchen und darthun müssen, außer allem Zweifel ist, nämlich die Zahlung, die Dos und donatio propter nuptias.

Für die Zahlung gilt bekanntlich das Princip: alium pro alio solvere posse vel invito debitore [34]). Man hat sich gewöhnt, in demselben nichts Auffälliges zu erblicken, und die römischen Juristen haben uns dazu das Vorbild gegeben,

34) l. 23, 40, 53 de solut. (46. 3).

allein enthält dasselbe in der That nicht eine Ausnahme von der Regel des römischen Rechts über die Unzulässigkeit der Stellvertretung? Man erwidert: nein, denn die Zahlung ist ein Geschäft, das von vornherein keineswegs auf den Schuldner beschränkt ist, der Dritte, der sie leistet, „bringt zwar eine Wirkung für den Schuldner hervor, aber ohne daß er darum das Rechtsgeschäft für ihn abgeschlossen hätte, ohne daß letzterer, insofern er nicht den Auftrag gegeben, als Zahlender angesehen würde" [35]). Allein ich kann mich nicht überzeugen, daß in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen Zahlung und Abschluß eines Contracts vorhanden sei. Gehört das erstere Rechtsgeschäft weniger zu meinem Geschäftskreis, als das letztere, ist die Ausschließlichkeit seiner Beziehung zu mir und seiner Wirkung auf mich bei ihm eine geringere, als bei jenem? Das Charakteristische der Zahlung liegt darin, daß sie erzwungen werden kann und den Schuldner liberirt; nach beiden Seiten hin erscheint letzterer, um einen römischen Ausdruck darauf zu übertragen, als dominus negotii. Der Dritte, der für ihn zahlt, nimmt ein negotium alienum vor, das ihn selbst gar nichts angeht, zu dem weder der Gläubiger ihn zwingen kann, noch das für ihn Wirkungen äußert, und zwar lediglich in der Absicht, daß der Schuldner liberirt werden soll. Ich wüßte nicht, was ihm zum Stellvertreter fehlen sollte. Die Befreiung des Schuldners stützt sich nicht darauf, daß der Gläubiger das, was er vom Schuldner zu fordern, erhalten hat, nicht auf den Gesichtspunkt des bloßen Habens. Unter dieser Voraussetzung müßte der Schuldner auch dann frei werden, wenn der Dritte in der Meinung, selbst der Schuldner zu sein, Zahlung geleistet hätte. Dies ist aber bekanntlich nicht der Fall [36]). Nicht also der Erfolg der

35) Puchta, Vorlesungen § 52.

36) l. 31 pr. de her. pet. (5. 3) .. nam quod quis suo nomine

Zahlung für den Gläubiger, daß sie nämlich ihm das verschafft hat, was er haben soll, liberirt den Schuldner, nicht eine, so zu sagen, subjectiv beziehungslose Zahlung [37]), sondern der Umstand, daß dieser Erfolg von ihm selbst hervorgebracht wird, daß nicht ein beliebiger Dritte, sondern daß, wenn auch durch dessen Vermittelung, immer der Schuldner es ist, der zahlt. Die Fassung der Regel: alium pro alio solvere posse entspricht mithin nur dem natürlichen, nicht aber dem juristischen Sachverhältniß; mit Rücksicht auf letzteres müßte sie lauten: debitorem per alium solvere posse. Es ist also meiner Meinung nach durchaus falsch, wenn Puchta behauptet: der Schuldner gilt nicht als ein selbst Zahlender. Der schlagendste Gegenbeweis liegt darin, daß bei Zahlung einer Nichtschuld nicht dem Dritten, sondern dem angeblichen Schuldner, auf dessen Namen dieselbe geleistet ist, die condictio indebiti zugestanden wird [38]), denn da diese Klage demjenigen gewährt wird, der gezahlt hat, so folgt daraus, daß der Schuldner als Zahlender gilt.

Das Abweichende der obigen Regel von den allgemeinen Grundsätzen liegt demgemäß nicht darin, daß sie die Zahlung von ihrer ausschließlichen Beziehung zum Schuldner gelöst (wovon die Zulässigkeit der Vornahme derselben durch jeden Dritten eine nothwendige Consequenz wäre), daß sie so zu sagen die Zahlung zu einem Popular-Rechtsgeschäft erhebt,

---

solvit, non debitoris, debitorum non liberat, l. 19 § 1 de cond. ind. (12. 6), l. 38 § 2 de solut. (46. 3).

37) Darum bleibt ipso jure der Schuldner selbst dann haftbar, wenn der Gläubiger bei der Verbürgung in Form des Creditauftrags den Bürgen oder Mandator zur Zahlung gezwungen hat, l. 28 Mand. (17.) ... solvit enim suo nomine.

38) l. 47, 57 pr. de cond. ind. (12. 6), l. 6 § 3 ibid. .. neque interesse suam pecuniam an pupilli vel domini solvant, l. 6 Cod. ibid. (4. 5) .. ei, cujus nomine soluta est, restitui.

sondern darin, daß sie ausnahmsweise die Vornahme derselben durch einen Stellvertreter zuläßt. Der Zahlende zahlt auf Namen des Schuldners, er handelt als Stellvertreter. So wenigstens der Sache nach. Der juristischen Form nach konnte man auch hier den Stellvertreter in derselben Weise, wie oben rücksichtlich des Darlehns ausgeführt ist, unter den Gesichtspunkt des Boten bringen.

Das zweite Verhältniß, das sich für unsere Frage in Bezug nehmen läßt, ist die Dos. Auch für sie gilt der Satz, daß die Handlung einer nicht beauftragten Person für eine andere rechtliche Wirkungen erzeugt. Aus der Bestellung der Dos nämlich von Seiten des Vaters der Frau oder irgend eines Dritten erwirbt bekanntlich die Frau selbst die Dotalklage, was Ulpian, Fragm. VI. § 2 mit den Worten ausdrückt: dare promittere dotem omnes possunt. Diese Formulirung könnte ähnlich wie die des entsprechenden Satzes bei der Zahlung dem Gedanken Raum geben, als bestehe auch hier die Abweichung nicht darin, daß die Grundsätze über die Stellvertretung verlassen seien, sondern darin, daß ein Geschäft, welches an sich der Frau oder ihrem Vater zukomme, jedem Dritten zugänglich gemacht, zu einem, um den obigen Ausdruck zu gebrauchen, Populargeschäft erhoben sei. Allein auch hier muß ich dieser Idee auf's entschiedendste entgegentreten. Die Bestellung der Dos erfolgte immer für und im Namen der Frau [39]), es ist so gut, als ob die Frau selbst bestellt hätte, die Handlung des Dritten fällt unter den Gesichtspunkt der Stellvertretung. Dieser Gesichtspunkt, den wir bei den andern Verhältnissen nur auf dem Wege der

---

39) S. eine reiche Auswahl von Stellen bei Buchka, Stellvertret. S. 93. Daß die Frau genannt werde, ist nicht nöthig, da und insoweit der Name sich schon aus den Umständen ergibt.

Deduction haben gewinnen können, wird für die Dos geradezu in den Quellen ausgesprochen. Alio pro ea offerente dotem, heißt es in l. 9 Cod. de pact. conv. (5. 14) ipsa eam pro se videtur offerre. Ob der Dritte in Folge Auftrags handelte oder nicht, ist völlig gleichgültig, processualisch genügt der Beweis der Bestellung, so zu sagen der objectiven Seite des Acts, ohne daß die subjective Seite, das Verhältniß des Bestellers zur Frau, irgendwie in Betracht käme. Für den Dritten hat der Act gar keine Wirkung, nicht einmal die, daß das Recht der Frau der juristischen Vorstellung nach durch seine Person hindurchginge, von ihm durch eine act. utilis abgeleitet wurde. Darum kann er, sowie der Act der Bestellung hinter ihm liegt, denselben zum Nachtheil der Frau in keiner Weise mehr alteriren [40]). Dasselbe, was von der Frau, gilt auch von dem Vater derselben, d. h. es kann ein Anderer in seinem Namen die Dos bestellen mit der Wirkung, daß dieselbe als dos profectitia gilt, ihm mithin die Rückforderung zusteht [41]).

In der soeben citirten Coderstelle wird derselbe Satz, den sie für die Dos anerkennt, nämlich daß es sich völlig gleichstehe, ob die Frau dieselbe selbst bestelle, oder ein Anderer für sie, mit denselben Worten auch für die donatio propter nuptias ausgesprochen: sive pater pro filio, sive mater sive ipse ducturus uxorem sui juris constitutus sive quilibet alius pro eo ante nuptias donationem nupturae dederit seu promiserit, und zwar nicht etwa mit Beziehung auf das Recht des Empfängers der d. p. n., sondern dessen, in dessen Namen sie bestellt wird. Wir erhalten demnach damit einen drit-

40) l. 7, l. 20 § 1 de pact. dot. (23. 4), l. 29 pr. solut. mat. (24. 3), l. 9 i. f. Cod. de pact. conv. (5. 14).

41) l. 5 § 2 de J. D. (23. 3).

ten Fall, in dem Jemand nach römischem Recht unzweifelhaft auf Namen eines Andern und mit directer Wirkung für denselben ein Rechtsgeschäft vornehmen kann.

Alle drei Fälle haben das Gemeinsame, daß auf Namen einer dritten Person etwas gegeben oder geleistet wird, denn auch wenn die Dos oder donatio p. nupt. bloß versprochen ist, gilt sie für die Frau beziehungsweise Denjenigen, in dessen Namen es geschehen, als bestellt, sie soll nicht erst zur Existenz kommen, sondern sie existirt bereits. Wenn nun das römische Recht diese Zahlung, Hingabe oder Bestellung auf Namen der dritten Person für völlig wirksam erklärte, ist es dann so unglaublich, daß es dasselbe nicht auch beim Darlehn sollte gethan haben? Das Verhältniß ist ganz dasselbe. Rücksichtlich der Zahlung konnte man sich der Wahrnehmung des wahren Sachverhältnisses, daß es sich bei ihr nämlich in Wirklichkeit um eine Ausnahme von dem Princip der Unzulässigkeit der Stellvertretung handelt, noch am ersten entziehen. Allein nicht so bei der Dos. Denn wenn man einmal die Regel aufstellt: es könne Niemand einem Andern durch seinen Vertrag eine Klage erwerben, enthält denn die obige Bestimmung bei der Dos nicht eine Ausnahme davon, und wenn man dies zugeben muß, ist dieselbe anderer Art, als der von mir für das Darlehn behauptete Satz? Nach Buchka[42]) flösse dieselbe „aus dem eigenthümlichen Wesen der Bestellung einer Dos, indem es sich bei derselben zunächst nur um die Vermehrung des dem Manne gehörigen Vermögens handele, die für die Frau entstehenden Rechte dagegen secundärer Art seien, erst eintretend bei Auflösung der Ehe und beruhend auf gesetzlicher Bestimmung.“ Allein ich frage, passen dieselben Worte nicht gerade so auf ein auf frem-

42) Lehre von der Stellvertretung S. 93, 94.

den Namen gegebenes Darlehn? Handelt es sich auch hier nicht zunächst ebenso um eine Vermehrung des Vermögens des Empfängers, und ist nicht, wenn Buchka das Recht der Frau auf Rückforderung einmal als secundär bezeichnen will, das des Klagberechtigten beim Darlehn ebenso secundär? Wenn das Recht der ersteren erst mit Auflösung der Ehe entsteht, so das des letzteren bei einem auf bestimmte Zeit oder auf Kündigung gegebenen Darlehn erst mit Ablauf der Zeit oder der Kündigung, und wenn ersteres nach Buchka auf gesetzlicher Bestimmung beruht, so letzteres ebenfalls oder richtiger: beide beruhen darauf, daß die Hingabe auf Namen der zur Rückforderung berechtigten Person erfolgt ist, und das Gesetz hat in dem einen Fall nicht mehr oder weniger gethan, als in dem andern.

Ich wende mich jetzt der quellenmäßigen Begründung meiner Ansicht zu. Das Quellenmaterial läßt sich in drei Gruppen zerlegen. Die erste umfaßt solche Stellen, welche den Satz enthalten, daß man mit Wissen und Wollen des A. auf dessen Namen ein Darlehn geben könne; dahin gehören die l. 2 § 4 de R. Cr. (12. 1), die l. 9 § 8 und l. 15 ibid. und die l. 34 pr. Mand. (17. 1). Diese Stellen haben für unsere Frage überall keine Bedeutung, denn der Inhalt derselben ist kein ausschließlicher, sie sagen nicht, daß der Abschluß des Darlehns in der angegebenen Weise nur mit Wissen und Wollen des A. möglich sei, wie denn die eine von ihnen, die l. 9 § 8 cit. ausdrücklich zugleich den Fall des Nichtwissens und Nichtwollens erwähnt. Die zweite Gruppe besteht aus solchen Stellen, welche ganz allgemein die Möglichkeit einer Stellung des Darlehns auf fremden Namen lehren, ohne das Verhalten des Dritten, das Wissen oder Nichtwissen, Wollen oder Nichtwollen desselben zu erwähnen; zu ihnen gehören die l. 35 § 2 de don. (39. 5), l. 126 § 2

de V. O. (45. 1) verb.: plane, und l. 2 Cod. per quas pers. (4. 27). Gäbe es nun nicht noch endlich zwei Stellen, die l. 9 § 8 cit. und die l. 4 Cod. si cert. pet. (4. 2), welche jene Möglichkeit selbst für den Fall des Nichtwissens und Nichtwollens bezeugen, so würde es keinen Anstand haben, die Stellen der zweiten Gruppe durch die Annahme, daß sie das Wissen und Wollen stillschweigend voraussetzten, mit denen der ersten in Einklang zu bringen. Allein die Existenz der dritten Gruppe schließt diese Möglichkeit aus und verleiht denen der zweiten damit zugleich Beweiskraft für unsere Ansicht, indem sie uns nöthigt, den in ihnen ausgesprochenen Satz in der allgemeinen Fassung zu nehmen, in der sie ihn aufstellen.

Es ist begreiflich, daß von Seiten der Vertheidiger der herrschenden Ansicht alle Kunst aufgeboten werden mußte, um diese Stellen zu beseitigen. Und daran hat es denn auch nicht gefehlt. Allein wer unbefangenen Sinnes die gezwungenen und gewaltsamen Deutungen, zu denen man seine Zuflucht genommen hat, betrachtet, wird sich schwerlich dadurch verführen lassen. Ich will die Stellen jetzt einzeln vorführen.

1. Die l. 9 § 8 de R. Cr. (12. 1). Ulp. lib. 26 ad Edictum.

> Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos absente te et ignorante, Aristo scribit acquiri tibi condictionem. Julianus quoque de hoc interrogatus libro 10 scribit veram esse Aristonis sententiam, nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi acquiratur obligatio, cum quotidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor meus et futuro debitori nostro.

Der Schlußsatz ist, sowie ich ihn hier nach der Florent.

mitgetheilt habe, offenbar corrumpirt, und die Conjecturalcritik hat sich vielfach abgemüht, ihn zu emendiren [43]), allein ohne daß es ihr meiner Ansicht nach bis jetzt gelungen wäre. Der Sinn ist übrigens klar, und insofern haben diese Emendationen kein weiteres Interesse.

Die von mir vertheidigte Ansicht kann kaum bestimmter ausgesprochen werden, als es hier mit den Worten: absente te et ignorante geschieht. Allein man hat sich durch diese Worte nicht abschrecken lassen. Es soll hier nämlich stillschweigend ein Mandat vorausgesetzt sein, die Worte also nur sagen: obgleich Du im Moment der Ausführung des Mandats als Abwesender nicht darum wußtest. So Savigny, dem Buchka und Scheurl darin gefolgt sind [44]). Von ältern Juristen hatte schon Ribeira [45]) diesen Ausweg vorgeschlagen, allein ohne Anklang zu finden, und ich unterschreibe durchaus das Urtheil, das Glück [46]) darüber fällt: „Diese Erklärung ist offenbar erzwungen und dem ganzen Zu-

---

43) S. Schulting, Notae ad. Dig. ad. h. l. Der Fehler steckt nicht bloß in den Worten meus et, sondern auch in creditor, denn der „alius" im vorgehenden kann nicht hinterher sich in einen „creditor" von uns verwandeln, und der Auftrag läßt sich keineswegs bloß an den Gläubiger ertheilen. Darum beruht die Lesart mancher Handschriften: creditor numeret offenbar auf Conjecturalcritik. Nach den Basiliken XXIII. 1, l. 9 § 8, wenn dieselben sonst nichts hineingetragen haben, muß Ulpian gesagt haben: auf unseren Namen und unsere Rechnung, also vielleicht nostro nomine periculoque det.

44) System IV. S. 123 Anm. Buchka a. a. O. S. 85 schließt sich ihm ausdrücklich, Scheurl S. 329 stillschweigend an.

45) Obs. jur. c. 13 (bei Meerman, Thes. tom. V p. 573).

46) Comment. Bd. 12 S. 22. Die herrschende Ansicht der früheren Zeit, zu der Glück selbst sich bekennt, half sich in der oben Note 30 angegebenen Weise durch Annahme des Erfordernisses der Ratihabition. Die Widerlegung derselben erfolgt bei der gleich folgenden l. 4 Cod. si cert.

sammenhang zuwider." Ersteres — denn sie unterstellt dem Aristo den argen Fehler, ein angeblich durchaus wesentliches Moment: den vorausgehenden Auftrag, verschwiegen und dafür ein sich eben so sehr von selbst verstehendes, als völlig einflußloses Moment: nämlich daß der Mandant als Abwesender bei der Ausführung nicht zugegen gewesen und sie folglich nicht habe wissen können, betont zu haben. Dieses, — denn der Zusammenhang der Stelle beruht eben darauf, wie dies auch alle ältern Interpreten mit Ausnahme von Ribeira annehmen, daß zwei Fälle unterschieden werden, der erste der des Aristo, dessen Ansicht Julian mit den Worten veram esse A. sententiam billigt, und sodann der zweite, den Julian als einen völlig unzweifelhaften (nec dubitari) allbekannten (cum quotidie etc.) hinzufügt; si voluntate tua dedero, und zwar in der Absicht hinzufügt: um dadurch die Meinung des Aristo rücksichtlich des ersten Falls zu unterstützen. Julian will also sagen: daß man im Auftrage eines Andern den Contract auf dessen Namen stellen dürfe, ist völlig unzweifelhaft; wenn aber dies, so wird man dasselbe auch ohne vorausgehenden Auftrag gestatten dürfen. So wird es begreiflich, daß Ulpian, von dem jene Stelle herrührt, auf die Autorität von Aristo und Julian Bezug nehmen konnte, während bei der entgegengesetzten Auffassung, wornach alle drei Juristen bloß an den zweiten Fall gedacht haben sollen, es doch mehr als auffällig sein würde, wie Ulpian es für nöthig halten konnte, bei einem Satz, den nicht bloß er selbst in der l. 15 de reb. cred. (12. 1) verb.: recepta sunt als feststehenden Satz der Praxis bezeichnet, sondern den bereits Julian für seine Zeit als unzweifelhafte Thatsache des Verkehrs hinstellte, die Autorität des Aristo und Julian in die Wagschale zu werfen. Ich will übrigens noch bemerken, daß auch die Basiliken (XXIII. 1, l. 9 § 8) die

Stelle in diesem Sinn wiedergegeben haben; sie stellen die beiden Fälle ausdrücklich gegen einander über: Si ... dedero absente te et ignorante aut voluntate tua.

2. Die l. 4 Cod. si cert. pet. (4. 2).

Si absentis pecuniam nomine ejus foenori dedisti ac reprobato nomine mandatis actionibus experiris, praeses provinciae jurisdictionem suam praebebit. § 1. Idem si cessare mandatum (nämlich ad agendum) animadverterit, utilem tibi adversus debitorem eo actionem competere non negabit.

Scheurl selbst gibt zu (S. 329), daß diese Stelle sich mit seiner Ansicht nicht verträgt, wenn man hier unter der Klage, welche dem Abwesenden zugesprochen wird, die Darlehnsklage entsteht. Der Anfragende hatte, wenn auch einen generellen Auftrag zur verzinslichen Anlegung des Geldes des A., jedenfalls keinen Auftrag gehabt, es dem B. zu leihen, denn in diesem Fall hätte der A. das „nomen" nicht reprobiren dürfen. Nichtsdestoweniger wird dem A. die Klage zugestanden und zwar nicht bloß, bevor und ohne daß er ratihabirt, sondern trotzdem daß er die Annahme des Postens ausdrücklich verweigert. Vorausgesetzt nun, daß hier die Darlehnsklage gemeint ist, so ist damit nicht bloß die Ansicht von Scheurl, sondern auch die, welche ich oben als herrschende bezeichnet habe, geschlagen. Aus diesem Grunde will denn Scheurl unter der Klage die condictio sine causa der l. 32 de R. Cr. (12. 1) verstehen. Allein ich halte dies nicht für möglich. Ich will es nicht urgiren, daß weder die Worte des Rescripts, noch die Stellung desselben unter den Titel: si certum petetur (statt unter den tit.: de cond. sine causa) den geringsten Anhaltspunkt dafür bieten, daß Jeder bei unbefangener Ansicht der Stelle die mandatae actiones und die

utilis adversus **debitorem eo nomine** actio auf das im Anfang der Stelle erwähnte foenori dare beziehen wird[47]). Aber ist denn eine cond. sine causa in der Person des A. begründet? Wenn einmal das von dem M. ohne Wissen des A. auf dessen Namen gestellte Darlehn ungültig ist, so würde, wenn der A. reprobato nomine seine Deckung beim M. sucht, der Empfänger B. nicht auf Kosten des A., sondern des M. bereichert sein, die Voraussetzung der condict. sine causa mithin nur in der Person des letzteren eingetreten sein. Ob die Geldstücke dem A. gehörten, ist dafür gleichgültig; nicht das Eigenthum der Geldstücke bestimmt diese cond., sondern wem schließlich die Deckung, der Verlust trifft, wie ja aus der l. 32 cit. selbst hervorgeht. Man wende mir nicht ein, daß bei Zahlung einer Nichtschuld auf Namen des Principals von Seiten eines Stellvertreters ersterem die cond. indebiti zugesprochen wird, denn sie wird es ja nur darum, weil eine Zahlung auf seine Namen, eine Stellvertretung bei diesem Act möglich ist. Wäre sie es nicht, so würde der Umstand, daß bei einem völlig nichtigen Geschäft sein Name genannt ward, für ihn keinerlei Wirkungen haben, und dem Zahlenden die cond. sine causa zustehen.

Gesetzt aber, der A. hat im Fall der reprobatio nominis die cond. sine causa, wie im Fall der approbatio? Daß dieselbe möglich sei, folgt aus den Worten: reprobato nomine, die sonst keinen Sinn hätten. **Scheurl** wird ihn ebenfalls auf die cond. sine causa verweisen müssen. Damit aber wäre praktisch für den Verkehr dasselbe erreicht, als ob

47) So thut es auch **Thaleläus** zu unserer Stelle (Basil. XXIII, 1. l. 48. **Heimb.** II. p. 645): .. condictionem ex mutuo .. ille enim condictionem habet, cujus nomine mutuum contractum est, non etiam ex stipulatu actionem, si ejus nomine stipulatus sit. Die Glosse ist sich nicht ganz klar.

wir das Darlehn für gültig erklärt hätten — denn ob der A. die gegebene Summe mit der cond. ex mutuo oder der cond. sine causa zurückforderte, wäre im praktischen Resultat ohne allen Einfluß.

3. l. 35 § 2 de donat. (39. 5), Scaevola lib. 3. Dig.

> Avia sub nomine Labeonis nepotis sui mutuam pecuniam dedit et usuras semper cepit et instrumenta debitorum a Labeone recepit, quae in hereditate ejus inventa sunt. Quaero, an donatio perfecta esse videatur. Respondit, cum debitor Labeoni obligatus est, perfectam donationem esse.

Die Annahme eines Mandats von Seiten des Enkels an die Großmutter ist hier geradezu unmöglich, da letztere ihrem Enkel schenken will. Die Schenkung ist nach Angabe des Juristen dadurch vollzogen, daß die Großmutter das Geld auf Namen des Enkels ausleiht, weil dadurch der Schuldner demselben verpflichtet ist. Das Bedenken des Fragstellers bestand, wie es scheint, darin, daß die Großmutter für ihre Lebenszeit die Rechte des Gläubigers ausgeübt hatte, indem sie nämlich beständig die Zinsen erhoben und sich die dem Enkel übergebenen Schuldinstrumente hatte zurückstellen lassen. Der Jurist fertigt dieses Bedenken einfach dadurch ab, daß es lediglich darauf ankomme, ob der Schuldner dem Enkel verpflichtet worden sei, und diese Verpflichtung nimmt er auf Grund der mitgetheilten Thatsache an. Diese Thatsache besteht aber lediglich in dem dare sub nomine Labeonis. Von einer Stipulation des Labeo ist dabei keine Rede, obgleich allerdings über die Zinsen eine Stipulation abgeschlossen sein muß, da die Zinsverbindlichkeit bekanntlich nur in dieser Form begründet werden konnte. Savigny[48]) will die Stelle nun in der

48) a. a. O. S. 123.

Weise beseitigen, daß er den Worten: cum obligatus est eine einschränkende Bedeutung beilegt: wenn der Schuldner verpflichtet ist (also wenn der Enkel stipulirt hatte oder bei der Hingabe des Geldes gegenwärtig war). Das wäre aber ein Responsum, welches seines Gleichen suchen würde. Ganz abgesehen davon nämlich, daß voraussichtlichermaßen Jeder es in einem andern Sinn verstehen mußte, als sein Urheber damit sollte verbunden haben, so würde letzterer den Fragsteller, welcher wissen wollte: ob durch das Ausleihen auf Namen des Enkels die Schenkung perfect geworden, mit der Antwort entlassen: wenn der Schuldner verpflichtet ist, ihn also gerade über den Cardinalpunkt im Unklaren lassen. Daß Schenkungen in der hier angegebenen Weise durch Stellung des Darlehns auf Namen des Donatars vollzogen werden können, hat nach der von mir aufgestellten Ansicht durchaus nichts Befremdendes. Ich werde unten darauf zurückkommen; vorläufig genüge als anderweitiges Zeugniß die l. 6 Cod. de don. i. V. (5. 16).

4. l. 126 § 2 de V. O. (45. 1), Paul. lib. 3 Quaest.

> ... Plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur.

In dieser Stelle ist von einem Mandat des A. an den M. keine Rede, und wenn Scheurl S. 329 auch in ihr für seine Ansicht keine Schwierigkeit findet, so ist dies nur unter der Voraussetzung möglich, daß er willkürlicherweise diese Voraussetzung in sie hineinträgt und die Mittelsperson zu einem bloßem Boten des A. stempelt. Dies widerstreitet aber dem Zusammenhang der Stelle. Der Jurist geht nämlich bei der Beurtheilung des ihm vorgelegten Falles von dem Satz aus: per liberam personam ... obligationem nullam acquirere

possumus, und es bedarf wohl keiner weiteren Bemerkung, daß er hierbei nur an den Stellvertreter denkt, denn daß man sich bei Consensual- und Realcontracten eines Boten bedienen konnte, stand ja außer allem Zweifel. Er macht sich sodann den Einwurf, daß man doch (plane, freilich, allerdings) ein Darlehn auf fremden Namen abschließen könne, weist denselben jedoch mit dem Bemerken zurück, daß es sich im vorliegenden Fall um eine Stipulation handele, von der nicht dasselbe gelte (quod ... stipulatus est, inutile est). Jener Einwurf hätte gar keinen Sinn, wenn er nicht eine Modification des aufgestellten Princips enthielte, wenn nicht beim Darlehn ausnahmsweise die libera persona, ohne Bote d. i. ein bloß communicatives Instrument eines fremden Willens zu sein, einem Andern eine Forderung erwerben könnte.

5. l. 2 Cod. per quas pers. (4. 37).

Justinian hebt in dieser Constitution eine Differenz des bisherigen Rechts zwischen Darlehn und Pfandrecht auf, die darin bestanden habe, daß man ersteres auf Namen eines Andern habe stellen und demselben dadurch die persönliche Klage, nicht aber durch seinen Vertrag ein Pfandrecht habe erwerben können. Nun ist es unzweifelhaft, daß nach früherem Recht auch bei dem letzteren Vertrage die Intervention einer Mittelsperson (als Gehülfe) zum Zweck der Communication des beiderseitigen Consenses durchaus nicht ausgeschlossen war [49]), ja die unten abgedruckte Stelle läßt die Mittelsperson selbst ohne Auftrag zu, vorausgesetzt, daß der Gläubiger die von derselben zu seinem Gunsten getroffene Vereinbarung

---

49) l. 21 pr. de pign. (20. 1): Si inter colonum et procuratorem meum convenerit de pignore vel ratum habente me conventionem vel mandante, quasi inter me et colonum convenisse videatur.

hinterher genehmigt, in welchem Fall er selbst Paciscent wird. Offenbar kann also nicht hierin der von Justinian bezeugte bisherige Vorzug des Darlehns vor dem Pfandvertrage gelegen haben, die entscheidenden Worte der Stelle: cum per liberam personam, si pecunia alterius nomine fuerit numerata, acquiratur ei, cujus nomine pecunia credita est, per hujusmodi numerationem condictio können mithin nicht, wie Scheurl es seiner Ansicht zufolge thun müßte, von einer Mittelsperson verstanden werden, die im Auftrage Jemandes einem Andern ein Darlehn gibt und rücksichtlich des Consenses als bloßer Bote fungirt. Es bleibt demnach als Gegenstand der von Justinian bezeugten Differenz zwischen beiden Verträgen nichts übrig, als der von mir für das Darlehn behauptete Satz. „Von jetzt an,“ will Justinian sagen, „soll ein von der Mittelsperson ausbedungenes Pfandrecht dem Gläubiger ebenso wie die Darlehnsforderung ipso jure und direct zufallen, ohne daß ein Auftrag oder eine Ratihabition von seiner Seite erforderlich wäre.“

Da man nun diese Stelle in der angegebenen Weise nicht aus dem Wege räumen konnte, so hat man sich zur Anwendung des äußersten Mittels entschlossen, Justinian der Unkenntniß oder des Mißverständnisses zu beschuldigen [50]. Als ob ein Satz, der jedem Geschäftsmann geläufig sein mußte und der für den römischen Geldverkehr etwa die Bedeutung hatte, wie z. B. das Indossament eines Wechsels für den heutigen, dem Tribonian hätte unbekannt sein können! Nein! das Mißverständniß ist allerdings vorhanden, aber nicht auf Seiten Justinian's, sondern auf unserer Seite, und nur die Macht eines eingewurzelten Vorurtheils erklärt es, daß sich dasselbe gegenüber den unzweideutigen Aeußerungen der Quellen so unangefochten zu behaupten vermochte.

---

50) Buchka, a. a. O. S. 85.

Das Resultat der bisherigen Ausführung wird wesentlich dadurch unterstützt, daß derselbe Rechtssatz, den wir darin für das Darlehn nachzuweisen versucht haben, ebenfalls für einen andern Realcontract, das Depositum, anerkannt wird. Die l. 6 Cod. de donat. i. V. (5. 16) behandelt den Fall, daß der Mann in der Absicht, um seiner Frau zu schenken, ihm gehörige Sachen auf deren Namen deponirt hat, und der Kaiser entscheidet, daß hierdurch zwar die Schenkung vollzogen (etsi donasse te uxori res tuas ex hoc quis intelligat), dieselbe aber als Schenkung unter Ehegatten ungültig sei. Wie Savigny[51]) behaupten kann: „Das Dasein wahrer Schenkung würde hier dahin gestellt und nur wegen des durchgehenden Verbots der Schenkung in der Ehe für gleichgültig erklärt," ist mir wahrhaft unbegreiflich. Das Rescript sagt mit dürren Worten das Gegentheil. Obgleich die Stellung des Depositums auf Namen Deiner Frau, antwortet der Kaiser, an sich ausreichen würde, um darauf hin (ex hoc) die Schenkung anzunehmen, so ist dieselbe doch aus dem Grunde ungültig, weil die Beschenkte vor Dir verstorben ist. Entgegengesetzten Falls wäre sie mithin gültig gewesen.

Die Wirkung eines solchen Vertrages zu Gunsten des Beschenkten würde eine doppelte sein. Zuerst der Anfall der act. depositi directa (letzteres Wort im doppelten Sinn genommen), und zwar ipso jure und ohne weitere Genehmigung von Seiten des Beschenkten, ganz so, wie in den andern oben erörterten Anwendungsfällen unseres Rechtssatzes. Sodann der Erwerb von Besitz und Eigenthum. Diese Wirkung würde jedoch nach bekannten Grundsätzen erst eine Ratihabition von Seiten des Donatars voraussetzen, worüber das Weitere nicht hierher gehört.

---

51) a. a. O. S. 123. Anm. 1.

Dies die einzelnen Fälle. Daß wir es hier nicht mit einzelnen Fällen, sondern mit einem, ihnen allen zu Grunde liegenden Princip zu thun haben, bedarf keiner Bemerkung. Das Princip kann aber nur folgendermaßen lauten: **Ueberall, wo auf Grund eines dare eine Verpflichtung zur Zurückgabe entsteht, hängt es von dem Geber ab, durch Vornahme des dare auf Namen eines Andern Letzterem die Forderung zu erwerben.** Ich will die einzelnen Momente, die hierin enthalten sind, jetzt etwas weiter ausführen.

1) Es handelt sich hier um Obligationen, die ein dare zur Grundlage haben.

Unser Princip gilt also nicht bei Verbal- und Consensualcontracten. Der Grund der Verschiedenheit kann nur darin gefunden werden, daß letztere sich ausschließlich auf den **Willen** (Vertrag) stützen, erstere hingegen auf eine reelle Leistung (res), und wie diese Verschiedenheit von Einfluß werden kann, begreift sich m. E. sehr wohl. Bei jenen nämlich schmiegt sich der Wille nur einem andern Umstand an, er begründet die Obligation nicht lediglich aus sich selbst, sondern er verleiht ihr nur ihre Richtung und zwar nicht etwa in Form eines besonderen Vertrages: „**ich** gebe, damit Du dem A. zurückgibst," sondern, so zu sagen, durch Ausstellung eines Ursprungscertificats über die res („Valuta durch M. von A." erhalten), der Erfolg der intendirten Operation beruht daher nicht sowohl auf einem Versprechen des B., als auf der widerspruchslosen Annahme der res als aus dem Vermögen des A. stammend. Ganz anders bei den beiden andern Arten von Obligationen. Zu einem solchen Anschluß des Willens der Mittelsperson an einen andern Umstand bieten sie gar keinen Raum, denn sie sind nichts als eine Schöpfung des bloßen Willens, sie beruhen ausschließlich auf dem (for-

mellen oder formlosen) Vertrage, der A. hat nicht wie dort durch (rechtlich angenommenen) Aufwand eigner Mittel (der res) an ihrer Hervorbringung participirt, so zu sagen, den Samen hergegeben, er würde mithin, wenn ihm die Obligation erworben werden könnte, ärndten, wo er nichts gesäet hat — dies widerstreitet aber der Sinnesweise der Römer. An diesen Erwerb durch fremden Vertrag denkt Paulus, wenn er in der bekannten l. 11 de O. et A. (44. 7) die Regel aufstellt: Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt, und darum fügt er als Beispiele hinzu die Stipulation und den Kaufcontract, nicht das Darlehn: ideoque neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat possumus. Das von uns auf fremden Namen gestellte Darlehn gilt juristisch nicht als „noster contractus,“ die Obligation „non trahit originem ex nostro contractu,“ denn der eigentliche Keim derselben, aus dem sie originem trahit, ist die res, und letztere stammt juristisch nicht von uns, sondern von dem A. Ich will, um meiner Ansicht nicht durch Gründe zweifelhafteren Werths zu schaden und einem etwaigen Widerspruch Angriffspunkte darzubieten, gar nicht einmal geltend machen, daß die Legaldefinition von contractus in l. 19 de V. S. (50. 16) den Ausdruck in einem so engen Sinn nimmt (zweiseitige Oblig.), daß das Darlehn und die Realcontracte unter denselben gar nicht begriffen sein würden, wornach man die Worte contractus und contrahere auch in der l. 11 cit. in diesem beschränkten Sinn nehmen könnte. Denn man würde mir entgegnen, daß sie eben sowohl in einem ganz allgemeinen Sinn gebraucht werden. Ich begnüge mich daher lieber zu sagen: jenes Darlehn gilt juristisch gar nicht als „noster con-

tractus" — eine Auffassung, die oben in ihrer Möglichkeit und Nothwendigkeit nachgewiesen ist.

Dieselbe Erscheinung wie bei der l. 11 cit. wiederholt sich noch anderwärts, nämlich in der bereits oben benutzten l. 126 § 4 de V. O. (45. 1). Auch hier wird die Regel von der Unzulässigkeit der Stellvertretung in einer Allgemeinheit vorgetragen, in der sie auch die Realcontracte treffen würde: per liberam personam obligationem nullam acquirere possumus. Wenn aber der Jurist sofort die uns bekannte Beschränkung rücksichtlich des Darlehns hinzufügt, so bleibt nur die Alternative, daß jene Regel entweder das Darlehn (und die durch res begründeten Obligationen) überall nicht umfassen soll, daß man also mit ihr, wie soeben ausgeführt, nur die Contracte, die auf dem bloßen reinen Vertrag beruhen, treffen wollte, oder aber daß die Römer aus Versehen die Regel zu allgemein gefaßt haben.

Als Ausnahme nennt der Jurist hier das Darlehn, offenbar nur darum, weil es sich in dem ihm zur Begutachtung vorgelegten Fall lediglich um dieses handelte. Aber auch ganz abgesehen davon, so ist es gleichgültig, ob die römischen Juristen uns die Ausnahmen und den Gesichtspunkt, unter den sie sich zusammenfassen lassen, angeben. Wenn letztere der Sache nach vorhanden sind und auf einen bestimmten Gesichtspunkt hinweisen, so haben wir das Recht und die Pflicht, diesen Gesichtpunkt auszusprechen und die Formulirungen römischer Juristen aus den Thatsachen des römischen Rechts zu berichtigen.

Die byzantinischen Juristen waren bereits auf dem besten Wege. Denn nicht bloß, daß sie im anerkennenswerthen Unterschiede von den spätern Juristen sich der Wahrnehmung der Ausnahme beim Darlehn nicht entzogen [52]), sondern indem

52) S. die Scholien zu verschiedenen der oben angeführten, in

sie mit derselben den obigen Rechtssatz bei der condictio indebiti in Verbindung brachten, fühlten sie heraus, daß es sich hier um eine mit der res oder numeratio zusammenhängende Eigenthümlichkeit handle, die aus dem Grunde bei Stipulationen nicht Platz greifen könne [53]). Allein sie haben den Gedanken nicht weiter verfolgt, sie würden sonst gefunden haben, daß derselbe sich keineswegs auf jene beiden Fälle beschränkte.

Ueberall also, wo der bloße Vertrag (ohne datio von Seiten des Gläubigers) die Obligation begründet, ist der Abschluß desselben auf Namen eines andern ausgeschlossen. Darum war es consequenterweise auch der Erwerb des Pfandrechts für einen Dritten, und das ältere Recht verdiente in dieser Beziehung nicht den Vorwurf der Inconsequenz, den Justinian bei Aufhebung dieser Bestimmung ihm machte. Ueberall hingegen, wo eine datio die Obligation begründet, kann man durch Vornahme der datio einem Dritten die Obligation erwerben, mithin nicht bloß in den von den Quellen namentlich aufgeführten Fällen, sondern auch bei der Hingabe eines Commodats oder Pfandes auf fremden Namen und in allen Fällen eines dare ob causam (condictio ob causam datorum, sine causa, ob turpem causam), selbst bei der donatio, insoweit sie zu einer Rückforderung führt. Die datio ist hier im weitesten Sinn zu nehmen, sie beschränkt sich also keineswegs auf Eigenthumsübertragung, sondern sie erstreckt sich ei-

die Basiliken (XXIII. 1) aufgenommenen Stellen, namentlich zu l. 9 § 8 (Heimb. II. p. 600 sch. 19, 20), l. 48 H. p. 646 sch. 1, 2) u. XXIV. 1, l. 23 (H. III. p. 10 sch. 2).

53) S. das erste Citat der vorigen Note: .. rationem esse, quod in mutuo naturaliter spectemus numerationem, cujus nomine fiat. Nam eandem ob causam condictionem indebiti dat etiam illi, cujus nomine indebitum solutum est. Das zweite Citat: non etiam ex stipulatu actionem, si ejus nomine stipulatus sit.

nerseits, wie bei der Dos und **Donatio propter nuptias**, auf eine Vermögenszuwendung ohne äußern Akt der Hingabe, und andererseits, wie bei dem Depositum, auf Hingabe ohne Vermögenszuwendung.

2) Die durch das **dare** begründete Obligation muß auf Rückgabe gerichtet sein.

Unser Rechtssatz findet mithin keine Anwendung auf Innominatcontracte. Auch bei ihnen lehnt sich freilich der Vertrag an das **dare** an, allein in ganz anderer Weise, als bei den auf bloße Rückgabe gerichteten Obligationen. Denn bei letzteren folgt die Verpflichtung zur Rückgabe und der Gegenstand derselben schon aus der Art der Hingabe, aus dem Vorbehalt oder der Zweckbestimmung, mit dem letztere geschieht, die Rückgabe ist hier nur die nothwendige Folge der Hingabe, die Obligation eine Modalität und Consequenz des **dare**. Die Thätigkeit des Willens hat hier nicht sowohl ein **obligare**, als ein **dare** zum Gegenstand. Bei den Innominatcontracten hingegen lehnt sich die Obligation nur rücksichtlich ihrer Klagbarkeit an die **res** an, im übrigen geht sie nach Zweck und Inhalt über letztere weit hinaus, sie schließt eine eben so selbständige, abgesonderte, rein aus sich selbst schöpfende und den Stoff frei wählende Willensthat in sich, wie sie nur bei den Consensual- und Verbalcontracten vorkommen kann. Durch bloße Stellung des **dare** auf fremden Namen ist bei der Zahlung, Dos, dem Darlehn, Depositum die Obligation nach Inhalt und Subject völlig bestimmt, und es bedarf keines Recurrirens auf einen diesem Akt vorausgehenden Vertrag.

3) Die Hingabe der Sache (beziehungsweise Bestellung) muß auf Namen eines Andern erfolgt sein.

Was heißt dies? Heißt es: der **M.** muß die Sache als eine dem **A.** gehörige und sich als einen mit Ueberbringung derselben beauftragten Boten bezeichnen, und **B.** muß nicht

anders gewußt und geglaubt haben, als daß dies wahr sei? In diesem Fall würde der beabsichtigte Erfolg durch Wissen des Gegentheils von Seiten des B. ausgeschlossen sein. Oder aber heißt es: der Wille der Parteien muß darauf gerichtet gewesen sein, daß derselbe Erfolg eintrete, als ob der M. bloßer Bote des A. wäre, d. h. daß der A. Gläubiger wird und M. sich zu seinen Gunsten aller Rechte begibt? In diesem Fall würde weder der Glaube des B. an jene Versicherung des M., noch letztere selbst erforderlich sein. Der Erfolg des Vertrags würde hier nicht auf der Form des Abschlusses, sondern auf dem Willen beider Parteien beruhen und jegliche Fassung, aus welcher derselbe mit Sicherheit erkannt werden könnte, würde genügend sein.

Es scheint mir kaum Gegenstand eines Zweifels sein zu können, daß man sich für letztere Alternative zu entscheiden hat. Nirgends findet sich eine Andeutung, daß das Wissen des B. für den beabsichtigten Erfolg des Vertrages von irgend einem Einfluß ist. Bei der Bestellung der dos adventicia weiß der Empfänger, daß die Frau, für die dieselbe bestellt wird, nicht selbst die Geberin, der Besteller also nicht bloßer Bote ist. Ja der Gesichtspunkt des Boten, so sehr ich an demselben zum Zweck der juristischen Construction des Verhältnisses festhalte, ist ja in den Quellen nirgends ausdrücklich aufgestellt, letztere sprechen bloß von einem dare alieno nomine, und da alle Verhältnisse, bei denen sich unsere Regel findet, formlose sind, so wird man auch die Anwendbarkeit der letzteren nicht durch eine Form bedingen dürfen. Eine reine Form aber würde es sein, wenn der M., ungeachtet der B. das Sachverhältniß kennt, sich nichtsdestoweniger als Mandatar und die übergebene Sache als die des A. bezeichnen müßte. Das alieno nomine bezieht sich auf die Wirkung des Vertrages, wie das pro muliere dare bei der

Dos, nicht auf die Form desselben. Ob also bei schriftlicher Abfassung des Contracts der Schein geradezu auf den A. als den lautet, der geliehen, versetzt u. s. w. habe, ohne daß des M. Erwähnung geschieht, oder aber ob zwar der M. als der Geber, dagegen der A. als Gläubiger oder als der, an den die Restitution erfolgen solle, bezeichnet wird, kann demnach nichts releviren.

Hier spielt nun aber unser Verhältniß in ein anderes hinüber, das mit demselben der äußern Erscheinung nach große Aehnlichkeit hat und um so mehr eine genaue Beachtung des inneren Unterschiedes nöthig macht. Die l. 8 Cod. ad exhib. (3. 42) gibt in dem Fall, wenn Jemand die Sachen eines Andern deponirt oder commodirt mit der Auflage, sie dem Eigenthümer zu restituiren, letzterem eine act. depositi, commodati utilis. Ist dies nicht ganz unser Verhältniß? Woher aber dann die act. utilis? Unserer Theorie zufolge müßte der Eigenthümer ja die act. directa haben.

Man unterscheide. Der M. gibt in der Absicht und mit der Wirkung, daß A. das eigentliche und alleinige Subject der Obligation wird. Hier tritt in jeder Hinsicht dasselbe Verhältniß ein, als ob A. sich des M. als Boten bedient hätte. Zuerst für den A.: er erwirbt sofort ohne alle wirkliche oder gedachte Cession und ohne sein Wissen und Wollen die actio directa, und die späteren Dispositionen des M. können ihm dieselbe rechtlich nicht mehr entziehen [54]). Fac-

54) Ausdrücklich anerkannt ist dieser Satz bei der Dos, nämlich durch die Bestimmung, daß der Besteller durch spätere Verträge das Recht der Frau nicht mehr verkürzen kann l. 7 de pact. dot. (23. 4) ... quoniam jam acquisita mulieri dos tum esset, als nothwendige Consequenz des ganzen Verhältnisses versteht er sich aber auch für die brigen Fälle von selbst. Ob der Schuldner nicht durch eine bona fide vorgenommene Zahlung an M. frei werden kann, hängt davon

tisch allerdings, wenn er von dem ganzen Geschäft zwischen M. und B. nichts erfährt. Der Schuldner hat vom Moment des Abschlusses des Vertrages den A. als seinen Gläubiger zu betrachten, und wenn er den Verfügungen des M. Folge leistet, so thut er es auf eigene Gefahr. Sodann für den M.: die Wirkungen des Geschäfts bleiben ihm in dem Maße fremd, daß er, selbst wenn der A. die Forderung verschmäht, der Strenge nach keine Klage haben und sich nur durch Cession derselben von dem A. würde helfen können. Die oben erörterte l. 4 Cod. si cert. pet. (4. 2) verleiht ihm statt dessen eine actio utilis und erkennt gerade damit den Grundsatz selbst an.

Völlig anders gestaltet ist das Verhältniß, wenn die Verabredung getroffen wird, daß zwar die Restitution an den A. erfolgen solle (sei es schlechthin und ausschließlich oder eventuell), der M. aber sich des Rechts, den B. nöthigenfalls zur Innehaltung seines Versprechens zu zwingen, d. h. der Gläubigerschaft nicht begibt. Nach allgemeinen Grundsätzen hat ein solcher Vertrag zu Gunsten eines Dritten bekanntlich keinerlei Wirkung, und wie für die andern Arten von Verträgen gilt dies auch für die Realcontracte oder allgemeiner für alle Fälle, in denen ein solcher Vertrag sich an ein dare anschließt. So bei Gelegenheit eines Depositums. Im Fall der l. 31 § 3 de donat. (39. 5) deponirt der M. bei dem B. und macht aus: ut ipse solus tolleret aut post mortem domini Aelius Speratus. Hätte der M. auf Namen des A. deponirt, wäre letzterer mithin Gläubiger geworden, so würde die Schenkung vollzogen sein, wie dies die oben mit-

ab, ob die Voraussetzungen vorhanden sind, unter denen der Schuldner durch Zahlung an die unrechte Person liberirt wird (l. 12 § 2, l. 18, 19, l. 34 § 3, l. 51 de solut. 46. 3).

getheilte l. 6 Cod. de don. i. V. (5. 16) und für das Darlehn die l. 35 § 2 de don. (39. 5) anerkennt. Allein in unserm Fall respondirt der Jurist — und zwar im unverkennbaren Hinblick auf jenen andern Weg, den der Schenker hätte einschlagen können und sollen — donationem non videri celebratam. Warum? M. will hier selbst Gläubiger werden und bleiben, er behält sich bei seinen Lebzeiten das Recht der beliebigen Rückforderung vor. Da er nun durch Ausübung desselben die Aussicht des solutionis causa adjectus A. jeder Zeit vereiteln kann, so hat letzterer durch diesen Vertrag keinen irgend wie gesicherten Anspruch erlangt, die Schenkung ist mithin nicht vollzogen. Ebenso bei Bestellung der Dos. Im Fall der l. 45 sol. matr. (24. 3) bestellt der mütterliche Großvater für seine Enkelin eine Dos und stipulirt für den Fall der Ehescheidung die Rückgabe an sie oder an sich. Die Enkelin, sagt der Jurist, ist bloß solutionis causa adjecta, hat mithin keine Klage. Allein favore nuptiarum et propter affectionem personarum, meint er, dürfe ihr doch eine actio utilis zugestanden werden, und dasselbe bestimmt die l. 7 Cod. de pact. conv. (5. 14) für den Fall, wenn der Vater der Frau sich auf den Todesfall derselben die Restitution an deren Kinder versprechen läßt. Das römische Recht kennt bekanntlich noch einige solche Fälle [55]), in denen dem Dritten, an den vertragsmäßig die Restitution erfolgen soll, eine act. utilis gegeben wird. Das Gemeinsame aller dieser Fälle besteht darin, daß hier der Paciscent selbst Gläubiger wird, und dem Dritten wird in der Weise geholfen, daß ihm die Klage des Paciscenten als act. utilis überlassen wird. Daß nicht der Paciscent selbst sie sollte anstellen können, wird nirgends er-

---

55) v. Vangerow, Leitfaden III. § 608, Puchta, Pandekten § 276, Arndts, Pandekten § 246.

wähnt, und man wird sie ihm um so weniger absprechen dürfen, als der Dritte möglicherweise von seinem Recht gar keinen Gebrauch machen will. Hierin liegt dann aber ein wichtiger Unterschied von unserm obigen Verhältniß und, wie ich glaube, schließt sich daran ein anderer, der nur eine weitere Consequenz desselben enthält. In dem obigen Verhältniß nämlich kann M., wie wir gesehen haben, sowie er den Vertrag auf Namen des Dritten einmal abgeschlossen, daran zum Nachtheil desselben nichts mehr ändern, weil er selbst gar nicht Gläubiger geworden ist. Ganz anders hier. Wird der M. Gläubiger, so muß es ihm auch frei stehen, nicht bloß die Restitution an den A., sondern auch an sich selbst zu erzwingen, oder durch spätern Vertrag mit dem Schuldner den ursprünglichen zum Nachtheil des A. aufzuheben oder zu verändern.

Die act. utilis, die das römische Recht in diesen Fällen dem Dritten ertheilt, ist also von der actio directa, die den Gegenstand unserer Betrachtung bildet, durchaus verschieden, obschon sie historisch mit derselben vielleicht in einem näheren Zusammenhange gestanden haben mag. Auch sie nämlich beschränkt sich auf Fälle der Restitution einer gegebenen Sache an einen Dritten, auch bei ihr lehnt der Vertrag zu Gunsten des Dritten sich an die Uebertragung einer Sache an, und dieser Umstand gibt der Vermuthung Raum, daß das Beispiel einer (wenigstens der praktischen Auffassung des Verkehrs nach unläugbar vorhandenen) Abweichung von dem allgemeinen Princip der Unzulässigkeit der Verträge für dritte Personen, welches man in der act. directa vor Augen hatte, für die Zulassung der act. utilis nicht ohne Einfluß gewesen sein mag. Das Gebiet der act. directa ist dadurch um nichts erweitert, ihre Natur um nichts verändert, die Möglichkeit ihrer principiellen Unterscheidung von der act. utilis um nichts

vermindert. Während jene ein allgemeines, juristisch construirbares Princip enthält, beschränkt sich letztere auf einzelne Ausnahmsfälle. Erstere greift Platz, wenn der Geber die Obligation, letztere, wenn er die Solution dem Dritten zuwenden will, dort entläßt er, so zu sagen, die Obligation von seiner Person, hier hält er sie zurück, wenn auch nur mit der Absicht, um die praktische Lösung derselben in der Person des Dritten zu sichern. Nur diese materielle Willensverschiedenheit kann m. E. über die Frage, ob das eine oder andere beabsichtigt ist, den Ausschlag geben, nicht aber die Form des Ausdrucks, wie ich oben bereits zu begründen versucht habe.

4) Das Verhältniß zwischen dem Geber und dem, auf dessen Namen er gibt, ist gleichgültig.

Dies ist eine nothwendige Consequenz des ganzen Verhältnisses. Steht bei der Klage des A. nichts weiter in Frage, als ob die Hingabe in seinem Namen erfolgt ist, gilt also der M. vermöge einer praesumtio juris et de jure als sein Bote, so ergibt sich daraus, daß das wirkliche Verhältniß des M. zum A. dem B. gegenüber gar nicht in Betracht kommt. Ob dasselbe also das einer beauftragten oder unbeauftragten Geschäftsführung war, ob M. credendi, solvendi, donandi causa den Vertrag mit B. abschloß, alles dies kann für das Verhältniß des M. zum A. von großer Bedeutung sein — namentlich im Fall einer verbotenen Schenkung — für den B. und dessen Verpflichtung relevirt es nichts. Am interessantesten ist die Möglichkeit einer Bewerkstelligung der Schenkung auf diesem Wege (heutzutage häufig durch Belegen bei einer Sparkasse), und gerade diese Consequenz ist, wie wir oben gesehen haben, in den Quellen ausdrücklich anerkannt[56]).

56) l. 35 § 2 de donat. (39. 5), l. 6 Cod. de don. i. V. (5. 16).

IV. Zustimmung und Mitwirkung des Berechtigten zu Dispositionen des Nichtberechtigten.

In dem zweiten Abschnitt meiner Abhandlung, welcher die Theilnahme an einem fremden Rechtsgeschäft zum Gegenstand hatte [57]), warf ich schließlich die Frage auf (S. 303 u. fl.), ob auch die Zustimmung des Berechtigten zu dem von einem Nichtberechtigten über seine Sachen abgeschlossenen Rechtsgeschäft unter diesen Gesichtspunkt zu bringen sei, und glaubte ich diese Frage verneinen zu müssen, indem eine Analyse der verschiedenen Formen, welche diese Zustimmung annehmen kann, mir nirgends jenes eigenthümliche Verhältniß der accessorischen Betheiligung an einem fremden Rechtsgeschäft ergab, sondern bald einen mit letzterem in gar keiner juristischen Verbindung stehenden, völlig selbständigen Akt, bald einen Eintritt des Berechtigten in das von dem Andern abgeschlossene Geschäft als Principalsubject, bald eine Vertretung des letzteren rücksichtlich der Erfüllung.

So enthält namentlich auch die Bestellung der Dos von Seiten einer nicht dotationspflichtigen Person eine Schenkung an die Frau.

57) Ich benutze hier die Gelegenheit, eine Unterlassungssünde gut zu machen. Es war mir nämlich entgangen, daß bereits von Wächter in seinem würtemb. Privatrecht II. S. 684 bei Gelegenheit der Nebenpersonen bei Rechtsgeschäften die Fälle kurz angedeutet hatte, die ich unter den Begriff der Theilnahme zusammengefaßt habe. Wer dieserhalb einen Stein auf mich werfen will, wird damit viele Andere treffen! Es gibt, so weit ich gesehen habe, kein Werk in unserer Literatur, das im Verhältniß zu dem vielen Trefflichen, das es bietet, so wenig benutzt wäre, wie das Wächter'sche, ob wegen des Titels: würtembergischen Rechts oder weil der Verf. es verstanden und es über sich gewonnen, Ideen, aus denen Andere ganze Abhandlungen gemacht hätten — und ich will mich dabei nicht ausschließen — in eine so unscheinbare und gedrängte Form zu bringen, daß sie einen an andere Darstellungsweisen gewöhnten Leser der heutigen Zeit nur zu leicht den vollen Inhalt und die Tragweite derselben übersehen läßt, will ich dahin gestellt sein lassen.

Der Widerspruch, den Scheurl bei diesem Punkt gegen mich erhoben (S. 4—13), trifft nun, so weit ich sehe, nicht sowohl meine eigentliche Thesis, daß hier nie eine Theilnahme an einem fremden Rechtsgeschäft vorliege, als die positive Construction einiger der hierbei möglichen Fälle. Ich könnte die von ihm gegebene Construction ganz und gar annehmen und nichtsdestoweniger bei der obigen Behauptung verbleiben. Insofern hat also dieser Streit für den unmittelbaren Zweck meiner Abhandlung keinen wesentlichen Werth, allein ganz abgesehen von dem Wunsch und Recht des Angegriffenen, sich zu vertheidigen, glaube ich, den mir zugeworfenen Fehdehandschuh um so eher aufnehmen zu dürfen, als die Frage, die hier ausgefochten werden soll, bisher eine Vernachlässigung erfahren hat, die weder durch ihr wissenschaftliches, noch praktisches Interesse motivirt war.

Scheurl glaubt die Untersuchung des vorliegenden Verhältnisses dadurch zu fördern, daß er die verschiedenen denkbaren Fälle mehr, als ich es gethan, unterscheidet und Momente hineinzieht, die ich angeblich gar nicht oder nicht in gehöriger Weise berücksichtigt haben soll (S. 5). Käme es mir bloß darauf an, mich gegen den letzteren Vorwurf zu rechtfertigen, so könnte ich dies einfach dadurch, daß der Zweck und Gesichtspunkt, um den und aus dem ich jenes Verhältniß zu betrachten hatte, mir ganz bestimmte Gränzen steckte, die ich, ohne meinem Thema untreu zu werden, nicht überschreiten durfte. Wenn mein verehrter Freund sich bei seiner Untersuchung daran nicht gebunden glaubte, so gibt mir dies die erwünschte Veranlassung, jenes Verhältniß, ohne durch eine derartige Rücksicht eingeengt zu sein, nach seiner ganzen Ausdehnung hin zu verfolgen. Aber auch trotz dieser Erweiterung des Gesichtskreises finde ich keinen Grund, von meinen früher geäußerten Ansichten etwas abzulassen oder von

denen meines Gegners etwas anzunehmen. Jene Momente nämlich, die er der Untersuchung des Verhältnisses hinzugefügt hat, halte ich für die Frage, um die es sich hier handelt, völlig einflußlos. Indem ich dies an der geeigneten Stelle nachzuweisen gedenke, muß ich rücksichtlich des Ganges der Untersuchung und der Unterscheidung der verschiedenen Fälle völlige Selbständigkeit in Anspruch nehmen.

Zur Präcisirung des Themas bemerke ich, daß es sich hier nicht schlechthin um die Zustimmung Jemandes zu Rechtsgeschäften eines Andern handelt, sondern um die Zustimmung und Mitwirkung eines Berechtigten zu den Dispositionen eines Nichtberechtigten über seine, des Berechtigten, Sache. Es scheidet mithin die Fälle des Consenses der Vormünder, Obrigkeit, der Eltern (bei Eingehung der Ehe) und ähnliche [58]) von der Betrachtung aus. Unter dem Berechtigten und Nichtberechtigten verstehe ich aber nicht bloß den Eigenthümer und Nichteigenthümer, sondern ich fasse den Gegensatz ganz allgemein dahin, daß er den Mangel des zur vollen Wirksamkeit des Geschäfts erforderlichen Rechts in der Person des Einen und die Existenz eines diese volle Wirksamkeit ausschließenden und mithin im Fall der Zustimmung sie ermöglichenden Rechts, z. B. des Pfandrechts, Nießbrauchs, in der Person des Andern in sich schließt. Die Mitwirkung von Seiten des Berechtigten besteht demnach in Aufgabe irgend eines Rechts, sei es in Form der Uebertragung, wie beim Eigenthum, sei es des Verzichts, wie in den beiden andern Fällen, sei es eines bereits gegenwärtigen Rechts, wie in allen drei Fällen, oder eines eventuellen, wie nach

58) Z. B. des Consenses des Patrons bei der restitutio natalium l. 2 i. f., l. 5 pr. de nat. rest. (40. 11), des einen Miteigenthümers zu einer Veräußerung des dem andern gehörenden Theils nach Erhebung der Theilungsklage l. 1 Cod. i. f. Com. div. (3. 37).

deutschem Recht des der nächsten Erben, der Eventualbelehnten, Lehnserben u. s. w. Dieser Umstand, daß der Consentient nicht bloß einfach seine persönliche Zustimmung ertheilt, wie der Vormund, die Obrigkeit u. s. w., sondern aus Eignem etwas beisteuert, einen sachlichen Antheil an dem fremden Rechtsgeschäft nimmt, bezeichnet uns die Gränzen unserer Aufgabe.

Aber auch dies genügt noch nicht. Der Consens kann in der Absicht und mit der Wirkung ertheilt worden sein, daß der Consentient (X.), sei es neben, sei es anstatt des Disponenten (A.), in dessen obligatorisches Verhältniß zum B. eintreten. So z. B. wenn ein Miteigenthümer die gemeinsame Sache auf Namen sämmtlicher Eigenthümer verkauft hat, und letztere den Verkauf ihrer Antheile genehmigen; die Ratihabition gibt ihnen hier ganz die Stellung, die sie im Fall eines vorgängigen Mandats eingenommen haben würde. Nach den Grundsätzen des reinen römischen Rechts, denen zufolge der Stellvertreter immer selbst tenent bleibt, würde dasselbe Verhältniß, nur mit einer kleinen Modification in der Person des A., auch dann eintreten, wenn er als neg. gestor den Contract ausschließlich auf Namen des X. abgeschlossen hätte. Hier würden beide haften, der eine der act. directa, der andere der act. quasi institoria. Anders aber wenn der A. den Vertrag ursprünglich auf eignen Namen abgeschlossen hatte. Eine Erstreckung desselben auf den X. durch Ratihabition von seiner Seite ist hier nicht möglich, weil dem Vertrage von vornherein die Richtung auf ihn fehlte. Nichtsdestoweniger kann durch ein neues Rechtsgeschäft zwischen den drei dabei betheiligten Personen der gewünschte Erfolg in der Weise erreicht werden, daß der alte Contract zwischen A. und B. aufgehoben und ein neuer desselben Inhalts zwischen X. und B. abgeschlossen wird, sei es

unmittelbar zwischen beiden Personen oder durch Vermittelung des A. als Stellvertreters. Die Willenserklärung des X. kann hier immerhin in der Form der Genehmigung des alten Contracts erfolgen, es kommt nicht auf die gebrauchten Ausdrücke, sondern auf die Sache an. Ich bin daher mit dem, was Scheurl S. 13 über diesen Fall sagt, vollkommen einverstanden und habe mich auch bereits S. 309 unter 2 in diesem Sinn ausgesprochen.

Wie nun die Absicht, in eigner Person und für sich selbst ein Rechtsgeschäft abzuschließen, sich in die Form der Genehmigung eines von einem Andern früher auf eignen Namen gestellten Contracts, also in die Form des nachfolgenden Consenses, einkleiden kann, so auch in die des vorausgehenden oder gleichzeitigen. Während äußerlich der A. es ist, welcher handelt und X. bloß, ohne selbst zu handeln, consentirt, kann in Wirklichkeit unter dem Schein des Consenses sich eine eigne Handlung des X. verbergen, letzterer das eigentliche Subject des Rechtsgeschäfts sein. Ich will dies jetzt durch einige Beispiele aus den Quellen erläutern.

Ein Miterbe verkauft in Gegenwart der übrigen Erben erbschaftliche Grundstücke, letztere nehmen später den auf ihren Theil fallenden Kaufpreis an, und es fragt sich, ob sie wegen Eviction in Anspruch genommen werden können. Der Jurist in l. 12 de evict. (21. 2) antwortet: si coheredes praesentes adfuerunt nec dissenserunt videri unumquemque suam partem vendidisse. In dem stillschweigenden Consens zu dem Verkauf des Miterben findet er also nicht etwa bloß die Genehmigung seiner Handlung als der eines Stellvertreters, sondern ein eignes Handeln des Consentirenden. Der Sohn manumittirt mit Zustimmung des Vaters dessen Sklaven. Die formelle Natur der Freilassung schloß eine Vornahme in Abwesenheit aus, allein für diesen speciellen Fall

hatte man eine Ausnahme zugelassen. Hier gilt nämlich der Vater als der Freilasser, folglich wird er Patron, und steht ihm die accusatio ingrati zu, und in der Person des Sohnes bedarf es nicht des durch die lex Aelia Sentia vorgeschriebenen Alters von 20 Jahren oder einer causae probatio [59]), dagegen consequenterweise in der Person des Vaters der Fortdauer seines Willens bis zum Moment der Freilassung [60]). Der Sohn schenkt mit Zustimmung des Vaters. Wer hat geschenkt? Die l. 9 § 2 de donat. (39. 5) antwortet: quod filius familias patris jussu aut voluntate donavit perinde est ac si pater ipse donaverit aut si mea voluntate rem meam tu nomine tuo Titio dones. Ebenso die l. 8 § 1 Cod. de inoff. don. (3. 29): Quod uxor a marito in se matrimonii tempore donationis causa collatum emancipato filio communi consentiente domino donavit, velut ex bonis patris datum accipi ... rationis est. Hierher gehört auch die von mir bereits in meiner Abh. S. 307 und 308 benutzte l. 38 § 1 de don. i. V. (24. 1), auf die ich zurückkomme, weil Scheurl (S. 6) mir rücksichtlich ihrer eine Ansicht unterschiebt, die ich in der That nicht habe. Es ist keineswegs meine Meinung, als ob der X., indem er die Dispositionen

59) l. 16 de man. (40. 1), l. 30 § 1 qui et a quib. (40. 9). In der l. 22 de man. vind. (40. 2) erlaubt der Vater dem Sohn brieflich, nach eigner Wahl einen Sklaven freizulassen und der Jurist faßt dies in der Weise auf: filio solam electionem concessit, ceterum ipse manumittit (eine Stelle, die beiläufig gesagt für die Construction der heutigen Stellvertretung von großem Werth ist und von mir seiner Zeit dafür benutzt werden soll, und auf die namentlich Dernburg im Interesse seiner über diese Lehre aufgestellten Ansicht sich gern wird aufmerksam machen lassen).

60) l. 15 § 1 qui et a quib. (40. 9): si ... filius ignorans patrem decessisse manumisit vindicta, non fieri eum liberum sed etsi vivit pater et voluntas mutata erit, non videri volente patre filium manumisisse.

des A. genehmigt, dadurch stets in das obligatorische Verhältniß desselben zu dem B. eintrete, habe ich doch S. 309 und 310 ausdrücklich die beiden Fälle der Genehmigung mit und ohne Eintritt in dies Verhältniß sich gegen einander übergestellt, aber, was ich behaupte, und worin Scheurl völlig mit mir übereinstimmt, ist, daß sich unter der Form der Genehmigung eines fremden Geschäfts der Abschluß eines eignen verbergen kann. Als Beleg hierfür führte ich die l. 38 § 1 cit. an. Ein Ehemann schenkt eine ihm mit seinen zwei Brüdern gemeinschaftliche Sache mit vorausgehender oder nachfolgender Zustimmung derselben an seine Frau. Zu einem Drittel, sagt der Jurist, ist die Schenkung ungültig, zu zwei Dritteln gültig (non debere mulierem reddere). Warum gültig? Offenbar nur darum, weil und insofern die beiden Brüder rücksichtlich ihrer Theile als Schenker betrachtet werden können. Wie Scheurl behaupten kann, die Entscheidung lasse es ganz dahin gestellt, ob nicht die Zustimmung derselben gegenüber der Frau die Bedeutung eines Verkaufs gehabt habe, ist mir unklar. Der Ehemann will die ganze Sache schenken, die Frau sie sich schenken lassen, die Brüder willigen für ihre Antheile in die Schenkung ein, damit ist, wie ich meine, jeder Gedanke an eine käufliche Ueberlassung ihrer Antheile an die Frau absolut unmöglich gemacht. Die Frau hat also die ganze Sache geschenkt erhalten. Aber wer ist der Schenker? Wäre es rücksichtlich der ganzen Sache der Mann gewesen, hätten also die Brüder ihm schenken, die weitere Verwendung der Sache aber ganz seinem Ermessen überlassen wollen, so würde die Schenkung zum ganzen Betrage ungültig gewesen sein [61]), denn woher und in welcher Weise der Mann die zwei Drittel erworben hätte, ob entgeltlich oder unentgeltlich, kann natürlich nichts releviren. Ganz anders,

61) l. 3 § 13 de don. i. V. (24. 1).

wenn sie ihm nur zu dem Zweck und unter der Voraussetzung ihre Theile überlassen, daß er sie der Frau schenkt, ihm also diese bestimmte Verwendung vorschreiben. Hier kommen die Theile gar nicht in sein Vermögen, die Liberalität beruht nicht auf einem freien Entschluß von ihm und kostet ihm kein Opfer, die Brüder also sind es, die der Frau schenken, ganz wie in der oben citirten l. 9 § 2 de donat., ungeachtet sie der äußern Erscheinung nach lediglich als Consentienten zu einer fremden Schenkung auftreten und aus diesem Grunde ist rücksichtlich ihrer Theile die Schenkung gültig. Der Satz: alIud est vendere (donare), aliud vendenti (donanti) consentire ist also in dieser Allgemeinheit falsch; unter dem Consens kann sich der Abschuß eines eignen Rechtsgeschäfts verbergen [62]).

Dieser Eintritt des X. in das obligatorische Verhältniß zwischen A. und B. soll nun von unserer ferneren Betrachtung ausgeschlossen sein, es verbleibt uns mithin nur der Fall, wenn die Mitwirkung des Berechtigten sich lediglich auf die Ausführung oder Erfüllung eines fremden Vertrages beschränkt. Sie ist in verschiedener Weise möglich. Entweder nämlich durch bloße (vorausgehende, nachfolgende oder gleichzeitig ertheilte) Zustimmung zur Disposition des A., oder durch eigne persönliche Mitwirkung [Tradition], sodann, was das aufgegebene Recht anbetrifft, entweder durch einen bloßen Verzicht, wie bei allen dinglichen Rechten an fremder Sache, oder durch positive Uebertragung desselben,

62) Ich habe im Text das sämmtliche Quellenmaterial, das ich für unsere Frage habe finden können, soweit es mir brauchbar zu sein schien, benutzt, dagegen Stellen, wie z. B. l. 34 de don. i. V. und l. 6 Cod. de his qui a non dom. (7. 10) absichtlich übergangen. Da ich jedoch erst seit nicht gar langer Zeit für die obige Frage gesammelt habe, so zweifle ich nicht daran, daß sich das Quellenmaterial noch vielfach wird vermehren lassen.

wie beim Eigenthum. Diese Unterschiede haben für uns gar kein Interesse. Um so mehr aber folgender.

Wir setzen den Fall, A. wünscht dem B. eine Sache zu verkaufen, schenken, verpfänden, die dem X., oder die ihm zwar selbst gehört, an der dem X. aber ein Pfandrecht zusteht. Um ihm diese Disposition zu ermöglichen, kann X. den Weg einschlagen, daß er sofort und unbedingt sein Eigenthum auf ihn überträgt, beziehungsweise auf sein Pfandrecht verzichtet. In diesem Fall existirt auch nicht einmal der Schein einer Theilnahme des X. an dem Rechtsgeschäft des A.; beide handeln völlig selbständig und zu verschiedenen Zeiten. Allein dieser Weg ist weder nöthig [63]), noch zweckmäßig und dürfte nur in den seltensten Fällen eingeschlagen werden. Der natürliche und regelmäßige ist der, daß die zum Zweck der beabsichtigten Disposition zugesicherte Aufgabe des Rechts von Seiten des X. nicht eher und nicht anders eintreten soll, als wann und wenn es nöthig ist, d. h. mit letzterer selbst. Mit letzterer selbst; also nicht vorher, auch nicht einen Moment, denn sonst könnte A. im Moment der Handlung innehalten, ohne daß die vortheilhafte Veränderung, die einmal in seinem Vermögen vor sich gegangen, dadurch ungeschehen gemacht werden könnte. Also z. B. der Pfandgläubiger, Usufructuar, willigt in die Manumission des Sklaven [64]). Vor der Beendigung des Akts der Manumission ist das Pfandrecht, der Nießbrauch nicht erloschen, dieses Recht und das Eigenthum des Manumittenten erlöschen vielmehr völlig gleichzeitig [65]),

63) Im ältern Recht konnte er es allerdings werden. Wollte X. z. B. den A. ermächtigen, seine Sache in Form der fiducia zu verpfänden oder an ihr ein Servitut zu bestellen, so mußte er erst das Eigenthum auf ihn übertragen.

64) l. 2, l. 4 § 2 de man. vind. (40. 2).

65) Daraus folgt aber nicht, daß der X. vorher seine Zustim-

A. verliert nur, wenn X. zugleich verliert, er ist also gegen die Gefahr, daß der Untergang seines Rechts dem A. anstatt dem B., oder daß er dem A. in anderer Weise, als verabredet, zu gute komme, vollständig gedeckt. Aus demselben Grunde aber steht und fällt die Aufgabe des Rechts von Seiten des X. mit der Gültigkeit und Ungültigkeit des von A. vorgenommenen Rechtsgeschäfts. In den Quellen ist diese Consequenz namentlich an dem Verhältniß des zum Zweck des Verkaufs auf sein Recht Verzicht leistenden Pfandgläubigers entwickelt [66]).

Dieser zweite Weg ist es, den wir im folgenden einer näheren Betrachtung unterwerfen wollen. Um alle gedenkbaren Fälle zu umfassen, unterscheiden wir:

1. Die Berechtigung des X. besteht in einem dinglichen Recht an der Sache des A., seine Beisteuer zu dem Rechtsgeschäft des A. in einem Verzicht auf dieses Recht.

Von diesem Fall ist bereits so eben die Rede gewesen. Die rechtliche Stellung des X. läßt sich dahin angeben: er verzichtet, aber er handelt nicht mit. Es bedarf mithin in seiner Person nicht der Requisite, die für die Vornahme des Rechtsgeschäfts erforderlich sind [67]), seine Handlung steht rein unter den Grundsätzen des Verzichtes. Daraus folgt, daß er (wenn er nicht eine besondere Verpflichtung übernommen hat) weder zu dem A., noch dem B. in ein obligatorisches Verhältniß tritt, mithin auch nicht wegen Eviction in

---

mung zurücknehmen darf, oder daß sein vorheriger Tod sie aufhebt; auch der bedingte Verzicht bindet.

66) S. z. B. l. 4 § 2 quib. mod. pign. (20. 6) ... si qua ratio juris venditionem impediat ... pignus valere l. 8 § 6, 11 ibid.

67) Eine rechtshistorische Anwendung dieses Gesichtspunktes s. in l. 2 de man. vind. (40. 2).

Anspruch genommen werden kann. Abgesehen von der dinglichen Seite des Verzichts beschränkt sich die Wirksamkeit desselben mithin auf eine beiden Parteien gleichmäßig zustehende exc. doli gegen den X.

2. Die Berechtigung des X. besteht in Eigenthum und die Beisteuer zu der Disposition des A. entweder
   a) in der Duldung einer Belastung (Genehmigung oder Ermächtigung zur Bestellung von Pfandrechten, Servituten u. s. w.).

Auch dieser Fall bedarf keiner weitern Betrachtung. Nur eine Frage verdiente wegen ihrer praktischen Wichtigkeit eine genauere Erörterung, nämlich: kann X. vorher widerrufen, oder erlischt die Autorisation mit seinem Tode? Bringt man hier schlechthin die Grundsätze über Stellvertretung zur Anwendung, so ist die Frage zu bejahen, und dafür ließe sich sagen, daß A., indem er mit Zustimmung des X. über dessen Sachen eine Disposition trifft, die nur der Eigenthümer treffen kann, den Eigenthümer vertritt, und in der That zweifle ich nicht daran, daß die römischen Juristen, wenn sie sich über diese Frage hätten äußern sollen, diesen Gesichtspunkt aufgestellt haben würden. Der eigenthümliche, selbständige Begriff der Ermächtigung [68]) war ihnen unbekannt, sie kannten letztere nur als eine Art oder einen Anwendungsfall der Vollmacht und wandten daher auf sie die ihr durchaus widerstrebenden Grundsätze des Mandats an, ließen sie also durch Widerruf und Tod untergehen. So z. B. auch bei der Cession, welche unter die Form eines mandatum ad agendum gebracht ward. Das spätere Recht machte sich von diesem beengenden und unangemessenen Gesichtspunkt frei und

68) Ich habe mir vorgenommen, die Lehre von der Ermächtigung in einem eignen Aufsatz in diesen Jahrbüchern zu behandeln, und werde darin auf die obige Frage zurückkommen.

ließ die Cession nicht mehr durch Tod oder Widerruf untergehen, wie man es mußte, so lange man den Gesichtspunkt der Vollmacht beibehalten hatte. Denselben Fortschritt nehme ich, wie für den Creditauftrag, die Assignation und andere Verhältnisse, bei denen ursprünglich das Mandat die Form hat hergeben müssen, ohne das Verhältniß wirklich zu decken, auch in unserm Fall an. In dem mandatum in rem suam liegt die Ausschließung jener Mandats- oder Vollmachtsconsequenzen, der X. darf nicht bloß, sondern er kann seine Ermächtigung, wenn er sich nicht den Widerruf vorbehalten, nicht zurücknehmen. Hierdurch, nicht durch ein eignes dritten Personen gegenüber wirksam werdendes Recht an der Sache (wie es der Pfandgläubiger rücksichtlich seiner Verkaufsermächtigung hat) ist der A. gedeckt; sein Schutz ist ein ähnlicher, wie der der Frau rücksichtlich der Veräußerung des Dotalgrundstücks, d. h. die ihm nachtheilige Maßregel ist in der Person des Andern juristisch unmöglich gemacht.

Die Beisteuer des X. kann aber auch

b) in dem Opfer des Eigenthums bestehen [69]), und zwar, wenn A. die Sache besitzt, indem er ihn zur Uebertragung desselben auf den B. ermächtigt, oder, wenn X. besitzt, indem er selbst die Tradition vornimmt.

Ueber den ersten Fall stimme ich mit Scheurl (S. 5, 6) im wesentlichen überein, darin nämlich, daß das Eigenthum ohne Durchgang durch die Person des A. direct von X. auf den B. übergeht. In einem andern Punkt, den ich für minder wesentlich halte, weiche ich von ihm ab, und nur um den

69) Auf die Zustimmung zur Ueberlassung der Benutzung an einen Andern (z. B. der Commodatar ersucht den Commodanten, das geliehene Buch weiter verleihen zu dürfen) nehme ich keine Rücksicht, da dieser Fall weder Schwierigkeiten, noch für uns ein Interesse hat.

Schein der stillschweigenden Billigung von mir abzuwehren, mache ich ihn namhaft[70]). Wenn nämlich der A. im Namen des X. detinirt, so läßt Scheurl durch die Tradition an den B. zunächst die Detention übergehen, „welche sich aber bei ihm vermöge jener in der Zustimmung des Eigenthümers liegenden brevi manu traditio sofort in juristischen Besitz verwandelt." Wozu diese, wenn auch harmlose, so doch künstliche und unnöthige Procedur? Die Qualität des Besitzes (ob natürlicher oder juristischer, fehlerhafter oder fehlerfreier, gutgläubiger oder bösgläubiger) bestimmt sich bekanntlich nicht nach der Person des Vorgängers, sondern des Erwerbers, weil der Besitz kein Gegenstand der Succession ist. Wenn also der Käufer sich die Sache tradiren läßt, so erwirbt er, weil die beiden Requisite des Besitzes in seiner Person vorliegen, sofort den juristischen Besitz, einerlei ob der Tradent selbst ihn hatte, oder ob er auf Namen des X. besaß, und ob er in letzterm Fall mit oder ohne Zustimmung des X. verkaufte und tradirte.

Von ungleich höherem Interesse ist auch hier die Frage, ob die Ermächtigung durch Tod und Widerruf untergeht. Wer sie an obiger Stelle mit mir verneint hat, wird es auch hier müssen; die Differenz des Inhalts der Ermächtigung kann in der Hinsicht keinen Unterschied begründen.

Ich wende mich jetzt dem zweiten der beiden obigen Fälle zu. X. besitzt und tradirt für den A. und auf dessen Gesuch die Sache dem B. Auf das Verhältniß zwischen A. und B. legt Scheurl hier ebenso wenig Gewicht, als ich; ob also zwischen beiden eine Schenkung, die Erfüllung einer Verbindlichkeit oder ein dare ob causam oder rem beabsichtigt war,

70) Gegen die auf S. 7 geäußerte rechtshistorische Annahme Scheurl's rücksichtlich einer Vertretung bei der mancipatio habe ich ebenfalls die größten Bedenken, die ich hier jedoch unterdrücke.

ist gleichgültig. Für nicht minder gleichgültig halte ich meinerseits das Verhältniß zwischen A. und X. Anders aber Scheurl. Er unterscheidet nämlich, ob X. dem A. die Sache schuldet oder nicht. Nur in letzterem Fall soll das eintreten, was ich schlechthin annehme, nämlich daß das Eigenthum direct von dem X. auf B. übergeht, im ersteren Fall soll „niemals ein unmittelbarer Eigenthumsübergang von X. an B. angenommen werden, sondern immer ein Durchgang des Eigenthums durch A." (S. 10), „die Tradition an den Dritten in Gedanken aufzulösen sein in eine Tradition an den Gläubiger, wobei diesen der Dritte in der Empfangnahme vertritt, und in eine traditio brevi manu von Seiten des Gläubigers an der Dritten, wodurch dieser ein durch den Gläubiger hindurchgegangenes Eigenthum erwirbt" (S. 13).

Daß diese Construction möglich, und daß sie sich auch in einigen Stellen findet, hatte ich selbst (S. 305) bereits hervorgehoben, zugleich aber auch Bedenken gegen die Brauchbarkeit und Nothwendigkeit derselben hinzugefügt, über die ich eine Erklärung Scheurl's gewünscht hätte. Ueberhaupt beobachtet derselbe bei dieser Gelegenheit eine Zurückhaltung, die mir als angegriffenem Theil nur erwünscht sein könnte, wenn ich sie nicht andererseits im Interesse der Sache bedauerte. Sein Widerspruch gegen mich hat sich ausschließlich auf die von mir angeführten Stellen geworfen, in denen ich eine Andeutung der von mir vertheidigten Construction zu finden geglaubt hatte, und er hat darüber unterlassen, seine eigne Ansicht in positiver Weise zu begründen. Was nun jene Stellen betrifft, so will ich gern gestehen, daß ich sie erst hinterher, nachdem ich mir das Verhältniß selbständig construirt hatte, gesucht und gefunden, und daß ich sie mehr zur Decoration und zur Beruhigung zeugnißbedürftiger Gemüther hinzugefügt habe, als daß sie meiner Ansicht zur unentbehrlichen Stütze

hätten dienen sollen, und ich würde bei letzterer selbst dann verharren, wenn es Scheurl gelungen wäre, diese Stütze zu zertrümmern. Denn in Fragen der juristischen Construction sind wir durch den Vorgang der römischen Juristen und die positive Autorität unserer Quellen nicht gebunden. Nichtsdestoweniger habe ich von dem Widerspruch Scheurl's Anlaß genommen, die Quellen zum Zweck unseres Streites genauer zu durchsuchen und glaube Material genug gewonnen zu haben, um dem Leser den Stand unserer Frage in der römischen Jurisprudenz im wesentlichen erschöpfend vorführen zu können, und das Resultat wird, wie ich gleich im voraus bemerke, der von mir vertheidigten Ansicht kein ungünstiges sein. Bei der folgenden Darstellung ist es mir jedoch keineswegs um die bloße Vertheidigung meiner Ansicht zu thun, sondern auch hier werde ich ohne ängstliche Rücksicht auf diesen Zweck die Frage, zu der sie mir den ersten Anstoß gegeben, in völlig selbständiger Weise behandeln.

Ich muß etwas weit ausholen. Wie auf allen Gebieten des menschlichen Denkens der Weg zum Uebersinnlichen durch das Sinnliche hindurchgeht, so auch auf dem des Rechts. Die Gedanken und Begriffe, die hier auftreten, tragen ursprünglich ein durchaus sinnliches Gepräge, lehnen sich an das Sichtbare, Aeußerliche an und machen sich nur höchst allmählig und mühsam davon frei [71]). So auch der Begriff der Vermögenszuwendung. Die einfachste und natürlichste Form ist die des Gebens und zwar des unmittelbaren Gebens von Seiten des Gebers an den Empfänger. Allein der Erfolg der Vermögenszuwendung läßt sich auch ohne ein

71) Eine eingehende Untersuchung habe ich dieser Erscheinung in der noch nicht erschienenen zweiten Abth. des zweiten Bandes meines oben genannten Werks S. 447 u. fl. gewidmet, auf die ich im voraus hier Bezug nehme.

solches Geben, ja ohne jeden äußern Akt erreichen, so z. B. die Bestellung einer Dos durch Liberation, die Eingehung eines Darlehns durch Verwandlung einer andern Schuld in eine Darlehnsobligation. Das vom Darlehn hergenommene Beispiel ist besonders geeignet, den Umschwung der Auffassung im neueren römischen Recht gegenüber der des ältern Rechts deutlich zu machen. Die ältere Zeit verlangt zum Darlehn den äußern Akt des Gebens vom Gläubiger an den Schuldner, die neuere hingegen hat sich der Einsicht nicht verschließen können, daß der durch dies Geben intendirte Erfolg sich eben so gut in anderer Form bewerkstelligen läßt, z. B. durch Realisirung einer dem Schuldner gegebenen Anweisung, durch Versilberung der ihm zu dem Zweck eingehändigten Sache [72]), und daß kein Grund vorliegt, nicht auch hier ein Darlehn anzunehmen. Gegenüber der alten, traditionellen Regel, welche den Begriff des Darlehns auf die natürlich sinnlich nächste Form eines bestimmten Gebens fixirt hatte (quod ex meo fit tuum), mochte jener Fortschritt dem Ulpian (l. 15 de R. Cr. 12. 1) als Singularität erscheinen — und wir Neuern haben ihm dies gläubig nachgesprochen — in Wirklichkeit war es gerade umgekehrt ein aus dem innersten Kern des Darlehns hervorgetriebener, neuer Schößling.

Wie nun das credere ursprünglich mit der natürlichen Hingabe an den Schuldner zusammenfällt, so das solvere mit der an den Gläubiger, und wie jenes sich später davon losreißt, so auch dieses. Die einfachste, natürlichste Form der Vermögensvermehrung, wie sie durch die Leistung bezweckt wird, ist die sichtbare, greifbare, der reelle Uebergang der schuldigen Sache aus dem Vermögen des Schuldners in das

---

72) Bei diesen allbekannten Dingen verweise ich auf das erste beste Lehrbuch.

des Gläubigers. Aber derselbe Erfolg kann auch ohne diesen reellen Vorgang eintreten. Wenn der Gläubiger eine Sache bloß zu dem Zweck einer bestimmten einmaligen Disposition gebrauchen will, z. B. einen gefangenen Vogel, um ihm die Freiheit zu geben, Racketen, um sie steigen zu lassen, so ist ihm, wenn der Schuldner, ohne ihm die Sache zu tradiren, auf sein Geheiß die bestimmte Disposition vornimmt, die Sache nicht minder zu gute gekommen, hat ihm nicht minder den gewünschten Dienst geleistet, als ob sie ihm tradirt worden wäre. Es ist hier also nicht etwa auf seinen Wunsch die Zahlung unterblieben, sondern sie ist geschehen, denn sie geschieht durch die Anerkennung und Ausführung seiner Verfügungen von Seiten des Schuldners. Die Tradition ist also zum Zweck der Zahlung keineswegs erforderlich, nicht für den Schuldner, denn er leistet, verliert die Sache, auch ohne daß er tradirt, nicht für den Gläubiger, denn er empfängt, gewinnt, verwendet die Sache, auch ohne daß er sie in die Hände bekommt. Das Empfangen liegt in dem Zugutekommen, das Zugutekommen in der Disposition.

Diese Unabhängigkeit der Solution von der Tradition ist ein ganz allgemeiner Grundsatz, den die Jurisprudenz als solchen anerkennen und aussprechen muß. Er beschränkt sich keineswegs lediglich auf gewisse Arten der Disposition, sondern er erstreckt sich auf alle und jede. Gilt also das Fliegenlassen des Vogels oder das Steigenlassen der Rackete als Zahlung, ohne daß der Vogel oder die Rackete ihren juristischen Durchgang durch den Besitz und das Eigenthum des Gläubigers nehmen müßten, so wird es zu demselben Zweck dieses Durchganges auch dann nicht bedürfen, wenn der Schuldner auf Anordnung des Gläubigers die Sache einem Dritten tradirt hat. Zu welchem Zweck, ist gleichgültig.

Ob der Gläubiger sie ihm schenken will, sie ihm verkauft hat u. s. w., kann für sein Verhältniß zu seinem Schuldner nichts releviren; in allen Fällen kommt ihm die Sache zu gute, indem er sie verwendet, in allen Fällen verdankt der Empfänger sie ihm, wenn er Besitz und Eigenthum auch von einem Andern erhält. Die Annahme eines Durchganges der Sache durch des Gläubigers Besitz und Eigenthum ist also in dem letztern Fall ebenso überflüssig und verkehrt, als in dem obigen; wäre sie hier nöthig, so müßte sie es auch dort sein und umgekehrt. Allein in dem einen Fall springt die Verkehrtheit nicht in dem Maße in's Auge, der Durchgang ist hier wenigstens möglich, und die Annahme desselben hat hier sogar einen gewissen Reiz, nämlich den Schein einer idealeren, innerlicheren Auffassung im Gegensatz zu einer bei dem rein Aeußerlichen des Vorgangs stehen bleibenden Betrachtungsweise; kurzum, die römischen Juristen haben in der That jenen Durchgang angenommen. Sind wir unsererseits daran gebunden oder nicht? Knüpfen sich praktische Consequenzen daran, hat der Gesichtspunkt eine reale Bedeutung, so sind wir es, ist er hingegen ein bloßer Schulbegriff, hat er nur den Werth eines juristischen Constructionsmittels, so sind wir es nicht. Ich habe mich schon in meiner Abhandl. S. 305 in dem letztern Sinn ausgesprochen und will dies jetzt näher begründen.

Ich habe oben ausgeführt, daß der Begriff der Vermögenszuwendung sich im neuen Recht praktisch von der sinnlichen Form des Gebens emancipirt hat. Zur Veranschaulichung der rein idealen Vorgänge einer solchen Vermögenszuwendung lieben es die römischen Juristen, dieselben an eine gedachte Tradition anzulehnen. Es war dies ein Rest der sinnlichen Auffassungsweise oder, wenn man will, eine Concession an dieselbe, und für den Schulgebrauch, um der Vor-

stellung zu Hülfe zu kommen, will ich auch heutzutage die Anwendung dieses Mittels nicht verwerfen. Allein einen weiteren Werth und eine andere Bedeutung kann ich diesen gedachten Traditionen auch nach Absicht der römischen Juristen nicht beilegen. Der schlagendste Beweis liegt darin, daß sie sich dieses Mittels selbst da bedienen, wo eine ernstlich gemeinte Tradition geradezu unmöglich war. Wenn Ulpian in der l. 15 de R. Cr. (12. 1) die Möglichkeit der Verwandlung einer Mandatsschuld in eine Darlehnsschuld durch den Gesichtspunkt: videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta zu erklären sucht, so ist die Annahme einer traditio brevi manu, da es sich hier nicht, wie in dem Fall der l. 9 § 9 und l. 10 ibid., um specifisch, sondern um generisch bestimmte Geldstücke, um eine Summe handelt, schlechterdings ausgeschlossen. Ebenso wenig wird Jemand aus demselben Grunde die Worte der l. 18 de fidej. (46. 1): Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intelligitur, quanta ei debetur von einer durch die Person des Delegaten vermittelten Besitzübertragung von Seiten des Deleganten an den Delegatar verstehen wollen, oder den Hergang, den Ulpian in der l. 43 § 1 de J. D. (23. 3) bei einer durch Acceptilation vermittelten Schenkung annimmt: tunc enim credendum est brevi manu acceptum a muliere et marito datum, da es sich auch hier nur um eine Summe handelt, für eine wirkliche traditio brevi manu halten. Derartige Constructionen in usum Delphini — Reductionen eines inneren, rein gedankenmäßigen Vorganges auf einen gedachten äußern — kommen unzählige Male und in den verschiedensten Wendungen in den Quellen vor. So heißt es vom Bürgen: intelligitur ei abesse pecunia (l. 47 Mand. 17. 1), um in einem Fall, wo er zwar nicht durch Zahlung, aber in anderer Weise auf seine Kosten den Schuld-

ner liberirt hat, die ihm gegen den Schuldner zuständige Klage zu motiviren, während andere Stellen, wie z. B. die l. 26 § 3 ibid. geradezu sagen: nihil interest, utrum nummos solverit creditori an eum (debitorem) liberaverit, oder, wie z. B. die l. 12 § 1 ibid. selbst dies unterlassen. So sucht Celsus in der l. 21 § 1 de donat. (39. 5) die Delegation durch den Gesichtspunkt deutlich zu machen: perinde sum, quasi exactam a debitore summam tibi donaverim et tu illam ei credideris, so Julian in l. 49 de J. Dot. (23. 3) die Acceptilation: perinde est ac si acceperit pecuniam et eandem promissori donaverit und Tryphonin in l. 77 ibid.: perinde ac si solutum debitum mulieri in dotem ab ea datum esset und Ulpian in l. 16 pr. de acc. (46. 4). So heißt es von der im Auftrage Jemandes an einen Andern geleisteten Zahlung: quod jussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset (l. 180 de R. J. (50. 17), heredi videtur solvere, qui voluntate ejus alii solvit (l. 15 § 1 de statul. (40. 7) und: qui mandat solvi, ipse videtur solvere (l. 56 de solut. 46. 3), und der Kundige weiß, daß sich die Zahl ähnlicher Quellenäußerungen noch bedeutend vermehren ließe.

Angenommen nun, die oben abgedruckten Worte der l. 43 § 1 de J. Dot. würden von unserm hier zur Untersuchung stehenden Fall gebraucht, dem der Tradition des Verkäufers an einen Dritten im Auftrag des Käufers (credendum est, brevi manu acceptum ab emptore et Maevio datum) würde der in ihnen aufgestellte Gesichtspunkt hier einen andern Sinn und Werth haben, als dort? Der Unterschied ist nur der, daß die wahre Bewandniß, die es mit ihm hat, in dem einen Fall minder verdeckt ist, als in dem andern. Denn während in dem einen der Gedanke an eine wirkliche traditio brevi manu dadurch, daß ein Gegenstand derselben überall

noch nicht existirt, von vornherein ausgeschlossen wird, läßt das Sachverhältniß in dem andern Fall ihn wenigstens zu. Nichtsdestoweniger aber gilt von ihm hier, wie dort ganz dasselbe, wie ich jetzt nachweisen will.

Ist es mit dem Durchgang des Besitzes und Eigenthums durch die Person des Käufers wirklich Ernst, so kann man dies auch so ausdrücken: der Dritte (B.) erwirbt nicht von dem Verkäufer (X.), sondern von dem Käufer (A.). Hätte also letzterer irrthümlicherweise seine eigne Sache gekauft, so müßte B. das Eigenthum erhalten, da sein Tradent und Auctor A. es hatte; der Umstand, daß letzterer selbst nicht darum wußte, ist nach der Regel: plus est in re, quam in existimatione einflußlos[73]). Die l. 15 § 2 de cont. emt. (18. 1) von Paulus bestimmt aber gerade das Gegentheil. Schlagender noch ist die l. 61 de evict. (21. 2): Si quod a te emi et Titio vendidi, voluntate mea Titio tradideris, de evictione te mihi teneri, sicuti si acceptam rem tradidissem, placet. Wenn Marcellus hier sagt: Du haftest, als ob ich selbst die Sache erhalten und dem Titius tradirt hätte, so liegt darin, daß er dies in Wirklichkeit nicht annimmt. In ganz ähnlicher Weise äußert sich Paulus in der l. 14 pr. de fund. dot. 23. 5): Si nuptura Titio voluntate ejus fundum dotis nomine Maevio tradit, dos ejus conditionis erit, cujus esset, si ipsi Titio fundum tradidisset, und in der l. 26 pr. de don. i. V. (24. 1). Wenn mein Verkäufer, sagt er, in meinem Auftrag meiner Frau tradirt, der ich schenken will, so wird er frei, quia licet illa jure civili possidere non intelligatur, certe tamen venditor nihil habet quod tradat. So konnte

73) l. 4 § 1 de man. vind. (40. 2) und l. 9 § 4 de jur. ign. (22. 6). S. den Absch. V.

Paulus sich nicht ausdrücken, wenn der Besitz durch die Person des Käufers hindurch gegangen wäre, denn in dem Fall hätte ja der Verkäufer wirklich tradirt. Zur Unterstützung dient auch die l. 66 § 4 ad SC. Trebell. (36. 1) von Mäcian: Si singulae res ab herede traditae sunt jussu meo ei, cui eas vendiderim, non dubitabimus mihi intelligi factam restitutionem. In der Tradition an den Käufer soll eine Restitution des Universalfideicommisses an den Verkäufer liegen. Wenn Mäcian an den Durchgang des Besitzes durch die Person des Verkäufers glaubte, wie hätte er diesen für das vorliegende Verhältniß völlig entscheidenden Grund außer Acht lassen sollen! Es bedurfte nur des Zusatzes: et traditionem zu den letzten Worten. Statt dessen aber drückt er sich in der Weise aus: in der Tradition an den B. liegt eine Restitution an den A.

Zu den genannten drei Juristen gesellt sich noch Afrikan in der bereits in meiner Abh. S. 306 Anm. 35 von mir angeführten Stelle l. 38 § 1 de solut. (46. 3), von der Scheurl S. 12 selbst zugesteht, daß sie für meine Ansicht entschieden günstig lautet. Savigny, der in Bd. IV S. 590 u. fl. seines Systems ebenfalls der Durchgangstheorie huldigt, sucht die Stelle dadurch zu beseitigen, daß Afrikan dem Constitutum possessorium (traditio brevi manu?) einen weniger ausgedehnten Einfluß, als die übrigen Juristen zuschreibe, und Scheurl hat sich damit einverstanden erklärt. Savigny selbst hat den Einwand, der sich in jedem Unbefangenen sofort hiergegen erheben muß, nämlich daß die „freiere Entwickelung in der Lehre vom Besitz,“ mit der er S. 590 das Aufkommen der Durchgangslehre in Verbindung bringt, sich in der Person des Afrikan verläugnen soll, nachdem sie bereits in der des Celsus und Julian zur Anerkennung gelangt war — diesen Einwand, sage ich, hat er voraus-

gesehen und zu entkräften versucht[74]) (S. 595 Anm. g.). Es wird genügen, dagegen einfach auf die von mir angeführten Stellen von Marcellus und Paulus zu verweisen, da Savigny sich schwerlich dazu verstehen wird, auch sie zu literarischen Nachzüglern in der Besitztheorie zu stempeln.

Ich hatte mich auch auf die l. 39 de don. i. V. (24. 1) von Julian berufen, Scheurl bestreitet mir jedoch das Recht dazu, zuerst, weil es sich hier um Geld handle. Allein wenn die Durchgangstheorie einmal richtig sein soll, so kann die Verschiedenheit des Gegenstands, ob er in Geld oder andern Sachen besteht, keinen Unterschied machen, wie denn auch Savigny (S. 590, 594) einen solchen nicht macht und nicht machen konnte, da die l. 3 § 12 ibid., die Hauptstütze jener Theorie, gerade von Geld spricht. Wenn also Scheurl S. 9 sich lediglich auf den Fall, wo eine certa species Gegenstand der Schuld und Veräußerung ist, beschränken zu wollen erklärt, so ist dies eine Beschränkung, zu der ich ihm die Berechtigung bestreiten muß. Eine versprochene Summe ist nicht mehr und nicht minder abstract, als ein generisch bestimmter sonstiger Gegenstand, und bei der Zahlung verwandeln beide sich in Individuen, an denen die Begriffe von Besitz und Eigenthum gleichmäßig durchführbar sind. Der zweite Einwand Scheurl's besteht darin, daß der X. im Fall jener Stelle nicht auf Grund eines Auftrages des A. Zahlung geleistet hatte, sondern weil er im Auftrag desselben

74) Wenn Savigny sich zur Unterstützung seiner dem Afrikan zur Last gelegten Renitenz gegen die freiere Behandlung des Besitzes auf die bekannte rigoristische Ansicht beruft, der dieser Jurist bei der Lehre vom Darlehn huldigt (l. 34 pr. mand. 17. 1), so erledigt sich dies durch meine obige Bemerkung, daß ein Abstractum (eine Summe) gar nicht Gegenstand eines Besitzvorganges sein kann. Der Fortschritt in der Darlehnstheorie war von der in der Besitztheorie völlig unabhängig.

dem B. expromittirt hatte. Allein dieser Auftrag war nichtig, und B. wußte dies oder mußte es wissen, X. blieb nach wie vor Schuldner des A., und ich glaubte daher die Zahlung desselben an den B. mit der auf Grund eines nichtigen Zahlungsmandats, von der die l. 3 § 12 ibid. spricht, auf eine Linie stellen zu dürfen. Ich will mich hier jedoch dem Widerspruch meines gelehrten Freundes fügen und kann die l. 39 cit. um so eher preisgeben, als es mir inzwischen gelungen ist, andere und, wie ich meine, absolut entscheidende Zeugnisse für meine Ansicht aufzufinden.

Nachdem ich dieselben jetzt mit Ausnahme der l. 49 Mand. (17. 1), die ich mir für den Absch. V reservire, dem Leser vorgeführt habe, will ich die l. 3 § 12, 13 (Ulpian) und l. 4 (Julian) de don. i. V. (24. 1) — soviel ich weiß, das einzige Quellenzeugniß meiner Gegner — einer Prüfung unterwerfen.

Es handelt sich in diesen Stellen um eine Schenkung des Mannes an die Frau durch Vermittlung einer dritten Person (X.), und zwar 1) eines Schuldners des Mannes (§ 12), welcher in dessen Auftrag der Frau Zahlung leistet, und 2) einer Person, die dem Mann inter vivos (§ 13) oder mortis causa (l. 4) schenken will und in dessen Auftrag die Sache der Frau gibt. Wer hat hier das Eigenthum? Daß die Frau es nicht hat, darüber herrschte gar kein Streit. Dann scheint aber nichts übrig zu bleiben, als es beim X. zu lassen, und in der That war dies die Ansicht des Afrikan in der oben citirten l. 38 § 1 de solut. (46. 3). Allein für den Fall 1 war von Celsus eine andere Ansicht aufgestellt, und Ulpian billigt sie, indem er sie ohne Bemerkung mittheilt. Hiernach soll der Mann das Eigenthum erhalten, denn wäre die Schenkung an die Frau gültig gewesen, so würde bei Ablieferung der Sache an sie das Eigenthum

zunächst auf ihn und sodann von ihm auf sie übergegangen sein, dieser zweite Uebergang sei durch das Verbot der Schenkung ausgeschlossen, es bleibe mithin das Eigenthum in der Person des Mannes verharren. Rücksichtlich des Falls 2 soll angeblich Julian dieselbe Ansicht vortragen, allein ich kann dies in den Worten nicht finden, im Gegentheil scheinen sie mir eher den entgegengesetzten Schluß zu begründen. Julian hat bloß das Geschäft zwischen X. und der Frau im Auge, und um seine Ansicht, daß dasselbe nichtig sei, zu motiviren, bemerkt er, zunächst in § 13: es mache nichts aus, ob der Mann direct oder durch Vermittlung des X. schenke, denn in dem letztern Fall perinde habendum, atque si ego acceptam et rem meam factam uxori meae dedissem .. (hierin liegt aber, daß Julian einen wirklichen Durchgang nicht annahm [75])) und sodann in l. 4: es sei irrig zu meinen, als ob der Mann durch die Tradition des X. an die Frau nicht ärmer wäre, da er nichts aus seinem vorhandenen Vermögen veräußere, denn gehe die Bedingung der m. c. don. nicht in Erfüllung, so hafte er auf Rückgabe, entgegensetzten Falls aber gehe ihm etwas verloren, was er sonst gehabt haben würde. Wenn Ulpian sein Referat über Julian's Ansicht mit den Worten: huic sententiae consequens est einleitet und dadurch den Schein begründet, als ob Julian die Ansicht des Celsus theile, so bemerke ich dagegen, daß sich diese Worte auch auf die Frage beziehen lassen, die Ulpian am Anfang des § 12 sich aufgeworfen hatte (an nummi fiant ejus), und dies ist aus einem doppelten Grunde durchaus nothwendig, einmal, wie bereits bemerkt, wegen der Worte:

---

75) Vergl. die ähnliche Wendung des Celsus in der oben benutzten l. 21 § 1 de don. (39. 5): perinde sum, quasi exactam etc. Wer behauptet: es sei so gut, als ob dies und das geschehen wäre, sagt damit aus, daß es nicht geschehen ist.

perinde habendum u. s. w. und sodann wegen der Worte: nullius momenti est, denn mit ihnen läugnet Julian die Wirksamkeit der Tradition schlechthin, d. h. nicht bloß für die Frau, sondern auch für den Mann, ähnlich wie Scävola in l. 56 ibid. mit den Worten: non valet.

Habe ich hierdurch meinen Gegnern einen römischen Juristen zu entziehen gesucht, so will ich ihnen dafür einen andern zuführen, nämlich den Pomponius in l. 44 pr. de furt. (47. 2): Si jussu debitoris ab alio falsus procurator creditoris accepit, debitori iste tenetur furti et nummi debitoris erunt, und gerade dieser neue Kämpe für die Durchgangstheorie soll mir dazu dienen, bis zu einem gewissen Grade eine Vereinigung anzubahnen. Ulpian, Celsus und Pomponius sprechen von einem ungültigen, die andern Juristen (mit Ausnahme des Afrikan) von einem gültigen Rechtsgeschäft [76]). Es wäre nicht undenkbar, daß jene drei Juristen in der Absicht, um dem, auf dessen Kosten (ex cujus re, wie die l. 39 de don. i. V. 24. 1 sagt) die Zahlung geschehen ist, einen wirksameren Schutz zu gewähren, als ihn die condictio verleiht, sich hätten bewegen lassen, den Durchgang des Eigenthums durch seine Person anzunehmen und ihm dadurch die reivindicatio zu verschaffen. Allein, wie es sich hiermit auch verhalte, jedenfalls kann der Weg, den sie hier einschlagen, nicht für die Behandlung gültiger Geschäfte maßgebend sein,

76) Ein anderer Ausweg, auf den man verfallen könnte, wäre der, die Worte ejus fieri in den Stellen von Ulpian und Pomponius in dem Sinn zu verstehen, den von Vangerow in den frühern Auflagen seines Leitfadens § 311, Anm. 3 für die l. 18 de R. Cr. (12. 1) angenommen hat, und gerade für unsere l. 3 § 12 de don. i. V. böte der § 11 ibid.: non fieri ejus, quia nihil corporis ejus fieri palam est eine erwünschte Unterstützung. Mir ist dieser Ausweg jedoch zu bedenklich.

da die übrigen Juristen denselben in dieser Richtung ausdrücklich verwerfen. Allein selbst für das ungültige Geschäft steht die Auctorität des Afrikan in der l. 38 § 1 de solut. (46. 3) entgegen, und da der Widerspruch ein unlöslicher ist und mithin beide Ansichten sich gegenseitig aufheben, so hat die heutige Jurisprudenz freies Spiel. Nur darüber also kann meiner Meinung fortan noch der Streit fortdauern, wie die Entscheidung der heutigen Jurisprudenz auszufallen hat. Ich meinerseits verwerfe die Idee des Durchgangs wie in allen Anwendungen, so auch hier, lasse also mit Afrikan das Eigenthum beim Schuldner und will diese Gelegenheit benutzen, um mein Urtheil über jene Idee schließlich noch in übersichtlicherer Weise, als die bisherige Darstellung es mir verstattete, zusammenzufassen. Ich mache derselben folgende Vorwürfe:

1. Die Durchgangstheorie führt zu Consequenzen, die die Parteien nicht wollen, und die das Recht ihnen nicht octroiren darf.

Oder sollten etwa, wenn der Käufer, Donatar u. s. w. die Sache vor der Ablieferung einem andern verkauft, schenkt u. s. w., seine daran bestehenden Servituten und sonstigen dinglichen Rechte erlöschen, wie dies doch bei einem auch bloß momentanen Durchgang des Eigenthums durch seine Person der Fall sein müßte? Sollte eine doppelte Umschreibung in den Flur- und Lagerbüchern nöthig sein? Und, um eine rechtshistorische Frage einzumischen, sollte, wenn die Sache eine res mancipi war, eine doppelte Mancipatio vorgenommen werden? Und dies hätte ja geschehen müssen, wenn der Durchgang durch die Person des A. zum Zweck der Tilgung der Obligation nöthig gewesen wäre, da der Weg, auf dem man ihn bei der eine Vertretung zulassenden Tradition durch einen Akt bewerkstelligen kann, bei der Mancipatio verschlossen war. Soll dem B. ferner die accessio possessionis aus der

Person des X. versagt werden, wenn der A. in mala fide ist? Dieß ist aber eine nothwendige Consequenz, denn wenn A. auch nur momentan Besitzer geworden ist, so ist damit die Verbindung des Besitzes seines Nachfolgers mit dem seines Vorgängers unmöglich gemacht [77]). Soll, wenn der A. Eigenthümer war, ohne es wissen, das Eigenthum auf den B. übergehen? Doch diese Consequenz habe ich schon oben berührt.

Und wozu dies alles? Um auf einem Umwege ein Ziel zu erreichen, das man auf geradem Wege erreichen kann!

2. **Die Durchgangstheorie ist theoretisch in jeder Weise verwerflich.**

Denn sie läßt sich:

Erstens gar nicht einmal allgemein durchführen. Nicht bei Obligationen, die auf etwas anderes, als Eigenthumsübertragung gerichtet sind — oder soll auch das Wohnen des Aftermiethers durch die Person des Miethers hindurchgehen? — aber selbst nicht einmal bei reinen obligationes dandi, denn die dem Schuldner aufgetragene Erfüllung braucht nicht in einem dare an einen Andern zu bestehen (das Fliegenlassen des Vogels!), noch kann, wo dies der Fall, das Eigenthum stets durch den Gläubiger hindurch geleitet werden (mancipatio, in jure cessio, gerichtliche Umschreibung).

Zweitens aber ist sie nicht nöthig. Sie geht hervor aus dem Bestreben, die Thatsache, daß ein einziger Traditionsact auf das Vermögen verschiedener Personen rechtliche Wirkungen ausübt, zu erklären. Allein die verschiedenen Vorgänge, die sich hier an den einen Akt knüpfen, auf eben so viele verschiedene Traditionen zurückzuführen, heißt die ideale Natur derselben verkennen und das Uebersinnliche in die Form des Sinnlichen zwängen. So wenig wie das Vermögen le-

77) l. 13 § 13 de A. P. (41. 2).

diglich aus realen Bestandtheilen besteht, so wenig ist der Eingang, Ausgang, Durchgang eines Bestandtheils lediglich auf realem Wege möglich. Ex re mea hat auch der erworben, der nicht die res mea, sondern eine fremde Sache auf meine Kosten erhalten, und ich selbst habe die fremde Sache erhalten, wenn ich darüber disponirt habe, ohne sie in Besitz und Eigenthum zu bekommen. Die Durchgangstheorie gibt den idealen Vorgängen auf dem Gebiet des Vermögensrechtes eine Krücke, die sie nicht nöthig haben.

Drittens: sie ist gefährlich. Denn wenn sie sich auch bescheidet, ein bloßes juristisches Constructionsmittel, ein reiner Schulbegriff zu sein, so liegt doch stets die Gefahr nahe, daß der Schulbegriff zum praktischen Gebrauch verwandt wird und Unheil stiftet.

V. Irrthum des Tradenten über sein Eigenthum und Interpretation der l. 49 Mand. (17. 1).

Unter den Belegstellen gegen die Durchgangstheorie hatte ich mich in meiner Abhandlung (Anm. 35) auch der berühmten l. 49 Mand. von Marcellus bedient und meine von der gangbaren Auffassung abweichende Construction des zweiten Falls, den dieselbe behandelt, mit wenig Worten angedeutet. Eine ausführliche Begründung schien mir theils nicht am Ort, theils entbehrlich zu sein, indem ich meinte, es bedürfe, wie bei der Lösung eines Räthsels, nur des einen Wortes, das die Lösung in sich schließt, um Jeden in Stand zu setzen, sich von der Richtigkeit der Lösung zu überzeugen, und daß ich dies Wort gefunden, und daß die Vertheidiger der herrschenden Auffassung, als deren letzter Scheurl (Beiträge zur Bearbeitung des R. R. Bd. 1 S. 192 fl.) aufgetreten war, mit Freuden die Gelegenheit ergreifen würden, eine Ansicht aufzugeben, die, wie ich meinte, sie selbst nicht recht

befriedigt haben könne, davon war ich so durchdrungen, daß ich getrost auf deren Urtheil provocirte. In dieser Erwartung habe ich mich aber sehr getäuscht! Mein verehrter Freund hat mir den Vorwurf des Mißverständnisses der Stelle zurückgegeben, ja er erklärt sogar die von mir dem Marcellus untergelegte Entscheidung geradezu für juristisch unmöglich, und ich bin daher gezwungen, auf diesen Gegenstand nochmals und ausführlicher, als das erste Mal zurückzukommen. Es geschieht dies Mal aber nicht sowohl in dem Interesse, in dem ich sie damals behandelte, um nämlich eine weitere Belegstelle gegen die Durchgangstheorie zu gewinnen, und ebenso wenig lediglich in dem rein exegetischen, das Verständniß einer viel besprochenen Stelle zu fördern, sondern um einen Rechtssatz abzuwehren, den man auf unsere Stelle gründen will, und dem ich wie diese äußere, so auch die innere Begründung in jeder Weise absprechen muß. Dieser Rechtssatz betrifft den Irrthum des Tradenten über die causa seines Eigenthums, und er soll angeblich der Entscheidung des zweiten in dieser Stelle behandelten Falls zu Grunde liegen. Da nun der erste Fall der Stelle ebenfalls einen Irrthum des Tradenten, aber anderer Art, zum Gegenstand hat, so bedurfte es nur des Hineinziehens eines dritten in der Stelle nicht erörterten Falls des Irrthums, um der ursprünglich rein exegetischen Aufgabe das dogmatische Thema: Irrthum des Tradenten über sein Eigenthum zu substituiren.

Ich werde im folgenden die Interpretation unserer Stelle in die dogmatische Darstellung verweben und theile zunächst den Text der Stelle mit.

Marcellus lib. IX Digest. Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo, mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse vel contra ego vendidi illius mandatu, cum forte is, cui heres

extiterit, eum emisset; de jure evictionis et de mandato (1) quaesitum est. Et puto Titium quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam et idcirco mandati (2) agere posse, si quid ejus interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur et adversus venditorem (3) testatoris sui habet ex emto jure hereditario actionem.

Die Textesfritik bietet wenig Bemerkenswerthes dar. Außer einigen völlig unwesentlichen Varianten wie **Marcellus** lib. V u. VI statt lib. IX., exstitit statt exstiterit hebe ich folgendes hervor. Die Worte de mandato (1) fehlen in manchen Handschriften und sind in der Florentina von neuerer Hand am Rand hinzugefügt. Hinter mandati (2) haben einige Handschriften den Satz eum non teneri, sed contraria (contra); ebenso die Basiliken XIV. 1 l. 49. Statt venditorem (3) liest die Florentina: venditionem, die Basiliken unterstützen die erstere Lesart, und es ist schwer zu begreifen, wie die letztere einen Vertheidiger hat finden können [78]). Die Basiliken haben beim Wiedergeben der Stelle die beiden Fälle von einander getrennt, so daß sich jedem gleich die Entscheidung anschließt.

Gegenstand unserer dogmatischen Untersuchung ist die Tradition von Seiten des wahren, aber über sein Eigenthum im

78) Treitschke im deutschen Corpus juris an dieser Stelle. Er zieht testatoris sui zu actionem, wovon, wenn auch nicht die Entfernung beider, so doch die Tautologie: actio testatoris sui ex jure hereditario ihn hätte abhalten sollen, der „actio adversus venditionem" ganz zu geschweigen.

Irrthum befindlichen Eigenthümers, und ich unterscheide dabei zwei Hauptfälle:

A. Der wahre Eigenthümer tradirt nicht für sich, sondern im Namen des putativen,
er hat also die Absicht, nicht sein, sondern des letztern Eigenthum zu übertragen, der Käufer die Absicht, nicht von ihm, sondern von P. das Eigenthum zu erwerben[79]).

B. Der wahre Eigenthümer tradirt im eignen Namen, aber er irrt
1) über das Eigenthum selbst, d. h. er weiß nicht, daß er es hat;
2) über die in der Vergangenheit liegende causa desselben, er meinte z. B. Eigenthümer auf Grund eines Kaufs geworden zu sein, während er es durch Legat, Erbschaft u. s. w. geworden war.

A. Der wahre Eigenthümer tradirt die Sache im Namen des putativen, ohne sein Eigenthum zu kennen.

Der Anlaß zu der Tradition kann ein mannigfaltiger sein, er kann liegen in einem Auftrag des P. (dem würde gleichstehen die Ratihabition der von E. als unbeauftragtem Geschäftsführer vorgenommenen Veräußerung), in einem Amt (wenn E. als Vormund oder als Beamter die ihm gehörige Sache im Namen des Mündels oder Staats veräußert), oder in einem Recht (E. veräußert als Pfandgläubiger des P.). In allen diesen Fällen hat E. die Absicht, als Stellvertreter des P. dessen vermeintliches Eigenthum zu übertragen, sein und des Käufers Wille ist mithin gar nicht auf das eigne Ei-

79) Zur Erleichterung will ich die drei dabei vorkommenden Personen mit Buchstaben bezeichnen, welche an die ihnen beigelegte Qualität erinnern, den Eigenthümer nenne ich E., den Possessor und putativen Eigenthümer P., den Käufer K.

genthum des E. gerichtet. Daraus, daß er das seinige hätte übertragen können und, wenn er, wie der Mandatar nach römischem Recht, persönlich verpflichtet wird, es hätte sollen, folgt noch nicht, daß er es gewollt hat; ohne diesen Willen aber geht das Eigenthum nicht über [80]). Es handelt sich hier also um einen, mit Savigny gesprochen, unächten Irrthum, d. h. es ist nicht sowohl der Irrthum, als die Abwesenheit des Willens, welche die Wirkung des Rechtsgeschäfts ausschließt; derselbe Erfolg würde mithin auch dann eintreten, wenn der Tradent sein Eigenthum kannte [81]).

Das römische Recht hat diese in der Natur der Sache begründete Behandlungsweise in mehren Stellen anerkannt. Dahin gehören die l. 35 de A. R. D. (41. 1), l. 15 § 2 de cont. empt. (18. 1) und unsere l. 49. Die beiden ersten geben zugleich den Grund an, die erste dahin: quia nemo errans rem suam amittit, treffender die zweite dahin: quia non hoc (nämlich dominium meum transire) mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire. Die letzte Stelle äußert sich zwar nicht ausdrücklich, allein um nichts weniger unzweideutig, denn wenn sie sich der Wendung: ne-

80) l. 3 § 8 de cond. c. d. (12. 4) .. si hoc animo (nämlich quasi ipsius heredis) dedit, non fieri ipsius, nam et cum tibi nummos meos quasi tuos do, non facio tuos. Ebenso umgekehrt, wenn Jemand, der eine fremde Sache als solche ins Eigenthum eines Andern hätte bringen können, sie als eigne tradirt l. 1 § 1 de off. proc. (1. 19) Si rem ejus (Caesaris) quasi rem propriam tradat, non puto eum dominium transferre l. 25 de donat. (39. 5): Der Mandatar überreicht das Geschenk im eignen Namen. l. 10 § 1 de cur. fur. (27. 10): rem vero furiosi si quasi suam tradat, dicendum ut non transferat dominium.

81) Z. B. der Mandatar liefert die ihm zur Ueberbringung eingehändigte Sache, in der er unterwegs die seinige erkennt, ab, um seinem Auftrag nachzukommen, behält sich jedoch (nicht um den Uebergang des Eigenthums, aber um eine etwaige exc. doli auszuschließen) die Vindication gegen den Empfänger vor.

que vindicationem ei concedendam bedient, so liegt darin, daß die Vindication an sich wenigstens denkbar gewesen sein muß, d. h. daß der Tradent zwar Eigenthümer geblieben ist, seiner Vindication aber die exc. rei venditae et traditae entgegensteht [82]).

Im heutigen Recht müßte die Entscheidung des Falls, was den letztern Punkt anbetrifft, freilich anders ausfallen, denn da, wie man im übrigen auch über die juristische Construction der Stellvertretung im heutigen Recht denkt, doch die praktische Nichthaftung des Stellvertreters keinem Zweifel unterliegt, so cessirt, wie die klageweise, so auch die exceptionsweise Geltendmachung der Obligation gegen ihn, eine Consequenz, die nicht selten außer Acht gelassen wird. Ebenso wenig wie dem Stellvertreter kann dem Vormund oder dem öffentlichen Beamten, der in ähnlicher Weise die eigne Sache veräußert hat, die Vindication derselben verwehrt werden, nicht durch Berufung auf ihre angebliche Obligation — denn eine solche existirt praktisch nicht — noch auch durch eine exc. doli [83]), da es bei ihnen, denen der Verkauf in keiner Weise zu gute kommt, und bei ihrer supponirten Unbekanntschaft mit ihrem Eigenthum an jedem Fundament derselben gebricht. Anders bei dem Pfandgläubiger, da er vermöge eignen Interesses und Rechts verkauft. Die l. 10 de distr. pign. (20. 1) Et si is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest, tamen non esse audiendum creditorem, qui fundum vendidit, si velit ejusdem rei ex alia causa quaestionem ist also noch heut-

82) Daß dies hat bezweifelt und zwischen der l. 35 cit. und unserer l. 49 ein Widerspruch hat angenommen werden können, ist schwer zu begreifen. S. darüber von Vangerow, Leitf. § 311 Anm. 3 (Aufl. 6 S. 649, 650).

83) Wie z. B. im Fall der l. 25 de donat. (39. 5), l. 18 pr. de R. Cr. (12. 1).

zutage praktisch, da die Stellung des Pfandgläubigers im heutigen Recht keine andere geworden ist, als im römischen.

B. Der wahre Eigenthümer tradirt im eignen Namen, allein er irrt

1) über das Eigenthum selbst.

Wir scheiden zunächst einen Fall aus, der überall nicht hierher gehört. Wenn der E. die ihm von P. commodirte, deponirte, kurz die ihm mit der Verpflichtung zur Zurückgabe übergebene eigne Sache restituirt, so hat dieser Akt, E. möge sein Eigenthum kennen oder nicht, gar nicht die Bestimmung und folglich auch nicht die Wirkung, Eigenthum, sondern Besitz zu übertragen. Aehnlich wenn E. in Anerkennung des angeblichen Eigenthums des P. außercontractlich (wissentlich oder unwissentlich) ihm den Besitz abtritt [84]).

Der Fall, den wir voraussetzen, ist der, daß die Absicht der Parteien auf Eigenthumsübertragung gerichtet war. E. verkauft, schenkt, legirt u. s. w. die eigne Sache, ohne diese ihre Eigenschaft zu kennen. Geht Eigenthum über? Für die verneinende Antwort ließe sich anführen, daß es auch hier an dem Willen, Eigenthum zu übertragen, fehle; E. könne nicht die Absicht haben, etwas zu übertragen, was er seiner Meinung nach gar nicht habe. Allein es ist noch eine andere Auffassung möglich, und gerade sie ist vom römischen Recht angenommen und, wie ich glaube, mit gutem Grunde. Man kann nämlich sagen: die Tradition des E. charakterisirt sich vermöge der ausdrücklichen Erklärung oder des unterliegenden Rechtsgeschäfts (der causa traditionis) als eine Tradition zum Zweck der Eigenthumsübertragung, die Unbekanntschaft des Tradenten mit seinem Eigenthum aber schließt nicht die Möglichkeit der Willensrichtung auf die abstracte Eigen-

84) S. die oben citirte l. 2 § 8 de cond. c. d. (12. 4).

thumstradition aus, sondern begründet nur den irrigen und einflußlosen Glauben von der Unwirksamkeit derselben. Am leichtesten springt das wahre Sachverhältniß in das Auge, wenn man statt der Tradition eine reine und ausschließliche Eigenthumsübertragungsform setzt, wie sie das ältere Recht in der mancipatio und in jure cessio darbot. Der Punkt, auf den sich bei ihnen der Wille, Eigenthum zu übertragen, richten muß, ist nicht sowohl die intendirte Wirkung, als der Akt, d. h. die Vornahme dieses Akts gilt rechtlich als Ausdruck dieses Willens. Bei der Tradition ist das wahre Sachverhältniß dadurch etwas verdeckt, daß bei ihr, die sowohl Besitz- als Eigenthumstradition sein kann, die Frage, ob sie das eine oder andere sein soll, ausschließlich auf den Willen des Tradenten gestellt ist, wodurch es den Anschein gewinnt, als ob dieser Wille bei Unkenntniß des Eigenthums nur auf Besitzübertragung gerichtet sein könne. Allein mit Unrecht. Es kömmt darauf an, wofür die Tradition sich objectiv, äußerlich ausgibt. Tradirt ein Verkäufer, so gibt die Tradition sich aus für eine Tradition zum Zweck der Eigenthumsübertragung, und ob der Tradent sich der Wirkung des Eigenthumsüberganges bewußt geworden ist oder nicht, ob er an sie glaubt oder nicht, ist völlig gleichgültig, den Umständen nach liegt eine Eigenthumstradition vor und, da der Tradent sie vorgenommen, so hat er sie auch gewollt.

Auf Grund dieser Auffassung, die wir kurz dahin formuliren können: der Wille richtet sich auf den abstracten Akt, nicht auf die concrete Wirkung, hat denn das römische Recht die eben aufgeworfene Frage bejaht. Das Eigenthum des Tradenten geht über, auch wenn er es selbst nicht kannte. Geben wir dem Gedanken, der sich darin ausspricht, eine allgemeinere Fassung, so lautet er: beim

objectiven Vorhandensein der Voraussetzungen eines Rechtsgeschäfts ist das subjective Nichtwissen derselben und mithin der Glaube an die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts völlig unschädlich. Wir haben damit die römische Parömie gewonnen: plus est in re, quam in existimatione [85]), d. h. der Nachdruck ruht auf dem objectiven Dasein, nicht auf dem subjectiven Glauben. Daß für gewisse Verhältnisse (Erbrecht) auch das subjective Wissen von dem Vorhandensein der Voraussetzungen erforderlich ist, was die Römer durch plus est in opinione, quam in veritate ausdrücken, gehört nicht hierher [86]).

Anwendungen jener Regel bald mit, bald ohne Namhaftmachung derselben kommen verschiedentlich in den Quellen vor [87]), und so namentlich auch für die Tradition. Der

85) l. 9 § 4 de jur. ign. (22. 6), l. 4 § 1 de man. vind. (40. 2). Eine andere Fassung s. bei Paulus in l. 2 § 2 pro emt. (41. 4) .. secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur, quam opinionem. Vat. fragm. § 260 rei substantia plus pollet existimatione falsa u. § 11 J. de leg. (2. 20): plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione. In der obigen Fassung kommt sie noch vor in dem § 15 der citirten l. 2 pro emtore von Paulus, allein in einer Anwendung, die gerade das Gegentheil von ihr enthält. Die Ausleger (s. Schulting, Notae ad Digesta ad h. l.) haben durch Umstellung der Worte re und existimatione helfen wollen, es ließen sich aber auch pupillus und pubes umstellen. Wie Sintenis im deutschen Corpus juris die Stelle so, wie sie lautet, hat übersetzen mögen, ist schwer zu begreifen.

86) l. 15 de acq. her. (29. 2). Anwendungen davon s. in l. 13 § 1, l. 16, 19, 22, 23, 32 ibid., l. 14, 15 qui test. (28. 1), l. 2 de cond. (35. 1), l. 19, 54 pr. de A. R. D. (41. 1) verglichen mit l. 5 si pars hered. (5. 4) u. l. 6 § 4, l. 34 pr., l. 96 de acq. her. u. § 11 J. de leg. (2. 20).

87) Auf das Legat § 11 J. de leg. (2. 20) si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum, nam plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione. Auf die Freilassung: l. 4 § 1 de man. vind. (40. 2). Quoties dominus servum manumittat, quamvis

Glaube an die Wirksamkeit der Tradition kann sowohl auf Seiten des Tradenten, als des Empfängers fehlen. Beides ist einflußlos. Rücksichtlich des Empfängers sagt dies ausdrücklich die l. 9 § 4 de jur. ign. (22. 6), womit sich noch die l. 21 pr. de A. R. D. (41. 1) verb.: Sed si und die l. 44 § 1 de usuc. (41. 3) verbinden lassen, rücksichtlich des Tradenten folgt dies aus der Analogie des Legats und der Freilassung (s. die Stellen in der vorigen Note).

2) Der Tradent irrt über die causa seines Eigenthums.

Schließt dieser Irrthum den Uebergang des Eigenthums aus? Meiner Ueberzeugung nach ist diese Frage entschieden zu verneinen, zwar nicht auf Grund specieller Quellenzeugnisse, denn meines Wissens schweigen die Quellen gänzlich über sie, wohl aber aus allgemeinen Gründen. Die herrschende Lehre bejaht die Frage, und zwar glaubt sie dazu durch die Entscheidung, welche Marcellus über den zweiten Fall unserer l. 49 Mand. gibt, gezwungen zu sein. Sie construirt sich denselben nämlich in folgender Weise, ich will mich der Worte Scheurl's (S. 14) bedienen. „Titius ist Eigenthümer eines Sklaven, den sein Erblasser von einem Dritten, der also nicht der Eigenthümer war, gekauft und tradirt erhalten hatte. Nachdem Titius diesen bonae fidei possessor seines Sklaven beerbt und Letzteren in dessen Erbschaft vorgefunden hatte,

---

existimat alienum esse eum, nihilominus verum est voluntate domini servum manumissum .... Idemque juris est et si dominus et servus in eo errore essent, ut neque ille se dominum, neque hic se servum ejus putaret, die Usucapion l. 31 § 6, l. 44 § 4 de usuc. (41. 3), l. 2 § 2, 15 pro empt. (41. 4), l. 3 pro don. (41. 6). Auf Obligationen l. 13 § ult. Com. (13. 6) ... nec obstat, quod non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis serviret, contraheremus quasi eum obligatum habituri. l. 6 § 5, l. 36 de neg. gest. (3. 5) auf Zahlungen Vat. fragm. § 260.

gibt er mir den Auftrag, ihn an X. in seinem Namen zu verkaufen und zu tradiren, indem er nicht weiß, daß der Sklave sein Sklave gewesen sei, sondern ihn für einen Sklaven seines Erblassers hält, d. h. indem er sein Eigenthum mit dem seines Erblassers verwechselt." Diesen Fall hätte Marcellus nun dahin entschieden, daß das Eigenthum auf den X. nicht übergegangen sei.

Ich habe diese Auffassung der Stelle, welche sich von den Basiliken und der Glosse her, so viel mir bekannt, unangefochten bis auf unsere Tage erhalten hat [88]), in meiner Abh. a. a. O. als in jeder Weise unhaltbar bezeichnet, und ich muß dabei auch trotz des neuen Versuchs, den mein verehrter Freund unternommen hat, sie in Schutz zu nehmen, in jeder Weise verbleiben. Ich mache ihr den doppelten Vorwurf der juristischen und exegetischen Unhaltbarkeit. Jene angebliche Entscheidung ist mir von jeher im höchsten Grade anstößig gewesen, und gerade der Widerspruch, den mein juristisches Gefühl dagegen einlegte, hat mich gedrängt, eine andere Auslegung zu suchen. Ich will zunächst den ersteren Vorwurf zu begründen suchen.

Der Rechtssatz, der der Entscheidung zu Grunde liegen würde, müßte lauten: der Irrthum des Tradenten über den Erwerbsgrund seines Eigenthums schließt den Uebergang desselben aus. Diese Folge müßte nun nicht bloß dann eintreten, wenn der Tradent, wie in dem Fall unserer Stelle, das Eigenthum glaubt ererbt zu haben, während er es aus eigner Person hatte, sondern auch in dem Fall, wenn er irriger-

---

88) Außer den literarischen Nachweisungen bei Schulting, Notae ad Dig. ad h. l. und Glück, Pandekten VIII. S. 112 f. von Neueren Mühlenbruch, Cession § 13 (Aufl. 3 S. 130). Michelmann, Der Einfluß des Irrthums auf Verträge S. 107 u. fl. und Puchta, Vorlesungen Bd. 1 Beilage XV (neuste Aufl. — mir unklar!).

weise die Tradition von Seiten des Verkäufers statt der sich ihr anschließenden usucapio pro emtore als causa ansah, und in der That hat einer der Anhänger der herrschenden Ansicht den Muth gehabt, sich zu dieser Consequenz zu bekennen [89]). Man wird mir zunächst bestreiten — uud namentlich darf ich diesen Einwand von Scheurl erwarten — daß beide Fälle auf eine Linie gestellt werden dürften, und bevor ich weiter gehe, muß ich diesen Einwand beseitigen.

Wie schon Averanius [90]) hat auch Scheurl [91]) dem Irrthum, um den es sich im Fall der l. 49 handeln soll, die Gestalt gegeben, daß derselbe nicht sowohl die causa, als das Eigenthum selbst betreffe. Der Tradent, sagen sie, habe nicht sein eignes Eigenthum, sondern das des Erblassers übertragen wollen, es handele sich nicht um zwei verschiedene causae für ein und dasselbe Eigenthum, sondern um ein verschiedenes Eigenthum. Wäre dies begründet, so würde dieser Fall unter den Gesichtspunkt und die Regel sub A. fallen, und die Entscheidung wäre völlig gerechtfertigt.

Allein jene Wendung, die man der Sache geben will,

---

89) Richelmann a. a. O. S. 105; er kann sich freilich nicht enthalten, hinzuzufügen, daß dies auf einer übermäßigen Subtilität der röm. Juristen beruhe, die kaum den Namen des Scharfsinns verdiene, geschweige einem praktischen Bedürfniß entspreche.

90) Interpr. jur. I c. 16 § 9. Volo enim transferre dominium in me a Sempronio translatum jure hereditario, quod transferre non possum, quia non habeo. Dominium autem, quod habeo, non transfero deficiente voluntate; cum enim dominium illud me habere ignorem non possum habere voluntatem ejus transferendi. Sunt autem diversa haec dominia. Dafür beruft er sich auf die l. 11 § 4 de exc. rei jud. (44. 2)! Mühlenbruch a. a. O. wirft ihm mit Recht ein gänzliches Mißverständniß vor, aber er selbst und Vivianus (in der Glosse), der ihm zufolge die beste Erklärung der Stelle haben soll, fassen die Stelle im wesentlichen gerade so auf!

91) Beiträge S. 200 u. 201 u. oben S. 14.

ist m. E. entschieden unmöglich. So wie der Erbe die Erbschaft angetreten, ist die Sache nicht mehr und nicht minder die seinige geworden, als wenn er sie durch Singularsuccession erhalten hat, ein Eigenthum des Erblassers existirt ebenso wenig mehr, als ein Eigenthum des Verkäufers nach der Tradition. Dies führt mich zu einem alten Streitpunkt zwischen Scheurl, ursprünglich Puchta und mir zurück. Puchta faßt das Erbrecht bekanntlich als ein Recht des Erben an der durch die Antretung auf ihn übergegangene Person des Erblassers auf und läßt letztere daher in dem Erben fortdauern [92]). Der Erbe hat folglich die ererbten Rechte nicht, wie seine sonstigen, unmittelbar, sondern nur als Repräsentant oder Innehaber der Person des Erblassers mittelbar, und man könnte daher noch von einem Eigenthum des (im Erben fortlebenden) Erblassers sprechen. Diese Idee habe ich noch bei Lebzeiten Puchta's angegriffen [93]) und es sind mir darin einige andere beigetreten [94]), Puchta selbst freilich habe ich nicht über-

92) Pandekten § 447 und dazu seine Vorlesungen an derselben Stelle.

93) Abh. aus dem röm. Recht. Leipz. 1844. S. 239 fl.

94) Windscheid in der Münchner krit. Ueberschau Bd. 1 S. 196 fl., Köppen, Die Erbschaft S. 106 u. fl. Ich benutze die Gelegenheit, um auf den Vorwurf zurückzukommen, den ich dem erstgenannten Schriftsteller in diesen Jahrbüchern Bd. 1 S. 28 gemacht habe. Derselbe war tendentiöser Art. Die Tendenz war aber nicht, dem von mir hochgeachteten und innig befreundeten Verf. wehe zu thun — und ich bedauere aufrichtig, wenn sie diese Wirkung gehabt — sondern sie war eine doppelte: einmal einen Mann, mit dem ich mich sonst in dem Urtheil über das, was Noth thut, wie mit wenig Andern eins weiß, und dessen thätiger Mitwirkung an den Jahrbüchern ich mich am wenigsten berauben möchte, vor einem Abweg zu warnen, zu dem er eine bedenkliche Hinneigung verrathen hatte, und zweitens dem Publikum gegenüber den Punkt zu bezeichnen, bis wie weit ich mit demselben gehe, und wo unsere Wege, wenn ihn der seinige weiter führte, sich trennen müßten. Mein verehrter Freund

zeugt, und er hat außer dem Herausgeber seiner Pandekten, der auch hier ihm treu geblieben, noch Scheurl, Beiträge u. s. w. Bd. 1 S. 34 fl. auf seine Seite gezogen. Mir ist diese Puchta'sche Idee, dieses Einschachtelungssystem vermögensrechtlicher Persönlichkeiten, bei dem bis auf Adam zurück ein Erblasser in dem andern steckt, und keiner mit Ausnahme des ursprünglichen Erwerbers der Sache dieselbe unmittelbar im Eigenthum hat, sondern jeder nur als Träger der ganzen Reihe seiner Vorgänger — ein civilistischer Atlas — diese Idee ist mir immer als eine der künstlichsten und gezwungensten erschienen, auf die der construirende Verstand eines Juristen je gerathen, als ein ächtes Probestück eines Fanatikers der Construction! — Doch von dieser Künstlichkeit wollte ich gern absehen, wenn sie nur wahr wäre. Allein dies muß ich entschieden in Abrede stellen, und gerade unser gegenwärtiges Verhältniß gewährt die beste Gelegenheit, sich davon zu überzeugen. Wäre sie wahr, so müßte der Erbe, wie jeder andere Repräsentant, die Sachen des Repräsentirten nicht im eignen, sondern im Namen des letztern vindiciren. Daß dies nicht der Fall, daß vielmehr die Formel direct auf den Erben lautete (suum esse)[95], ist Scheurl selbst nicht entgangen[96]. Es handelt sich dabei nicht um eine leere Formel, sondern um einen Gesichtspunkt von wichtigen praktischen Consequenzen. Der Erbe hat eine Sache vindicirt, die ihm in Wirklichkeit gehörte, sei es ex causa hereditaria oder propria, beim Beweise hat er sich in der causa vergriffen und diejenige geltend gemacht, aus der ihm das Eigen-

hat es über sich gewonnen, mir ohne alle Bitterkeit zu antworten. (Die röm. Actio S. 234), möge er ein weiteres thun und seine Gemeinschaft mit mir als thätiger Mitarbeiter an diesen Jahrbüchern bewähren.

95) Gaj. IV § 34.

96) Beiträge S. 37.

thum nicht zustand, und ist in Folge dessen abgewiesen. Hinterher entdeckt er seinen Irrthum und will die wahre causa geltend machen, kann er es? Uebertragen wir das Verhältniß auf den gewöhnlichen Repräsentanten, lassen wir letztern abgewiesen werden mit einer Vindication, die er mandatario nomine erhoben hat, so unterliegt es keinem Zweifel, daß er nach proprio nomine klagen kann und umgekehrt. Denn hier liegen in der That zwei verschiedene Eigenthume vor. Wie nun beim Erben? Die l. 11 § 1 und 5 enthält die Antwort darauf. Si hominem petiero, heißt es in § 1, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem, und der umgekehrte Fall in § 5: opinabatur ex causa hereditaria se dominium habere, mutavit opinionem et coepit putare ex causa donationis, haec res non parit petitionem novam. Als Grund wird dann das Princip hinzugefügt: nam qualecunque et undecunque dominium acquisitum habuit, vindicatione prima in judicium deduxit. Der Erbgang erscheint dem Juristen also nur als eine causa dominii, eine Vorstellung, die auch in der stehenden Wendung acquirere per universitatem einen bekannten Ausdruck gefunden.

Es ergibt sich hieraus, daß es unmöglich ist, mit Scheurl dem Irrthum des Erben im Fall der l. 49 die Gestalt zu geben, er habe „sein eignes Eigenthum" mit „dem des Erblassers" verwechselt. Was er verwechselt hat, ist die causa, und wer für diesen Fall der Verwechslung der causae den Nichtübergang des Eigenthums lehrt, muß dieselbe Wirkung auch bei jedem Fall einer solchen Verwechslung annehmen.

Ich will jetzt den angeblichen Rechtssatz von dem Einfluß des Irrthums über die causa des Eigenthums einer Kritik unterwerfen und zwar zunächst der Kritik ab absurdo. Wenn

der Tradent **gar nicht** weiß, daß er Eigenthümer ist, so geht nach unserer obigen Ausführung (B, 1) das Eigenthum über. Irrt er dagegen über die **causa** seines Eigenthums, über den in der Vergangenheit liegenden, für die Gegenwart völlig einflußlosen historischen Entstehungsgrund desselben, so ist der Uebergang des Eigenthums ausgeschlossen! Wie, wenn der Tradent sich bloß über die Person seines Autors irrt, statt von X. von Z. gekauft zu haben glaubt? Auch dies ist ein Irrthum über die causa, und ich wüßte nicht, warum derselbe minder einflußreich sein sollte, als wenn fälschlich eine donatio inter vivos statt einer donatio mortis causa, ein Legat statt einer Schenkung, ein Kauf statt eines Tausches angenommen ward. Wie, wenn der Tradent der Meinung war, das Eigenthum durch die Tradition des Verkäufers erhalten zu haben, während er es erst am Tage nachher durch Vollendung der von letzterem begonnenen Usucapion bekommen hat? Ich habe bereits bemerkt, daß **Richelmann** den Heroismus hat, wenn auch mit blutendem Herzen, dem Empfänger das Eigenthum abzusprechen! Der Erbe verkauft eine in der Erbschaft vorgefundene Sache, von der er nicht weiß, daß sie ihm selbst gehört. Glaubt er **gar nicht** Eigenthümer geworden zu sein, so geht das Eigenthum über, kommt er aber mit seinem Meinen der Wahrheit näher oder besser trifft er sie in dem allein wesentlichen Punkt, der Annahme des Eigenthums in seiner Person, ganz und gar, irrt aber über den Erwerbsgrund desselben, einen Umstand, dessen man sich bei manchen Sachen nach einiger Zeit gar nicht mehr bewußt ist, so findet das Gegentheil Statt — angeblich weil der Willen, Eigenthum zu übertragen, sich mit diesem Irrthum nicht verträgt. Welche seltsame Constitution des Willens, welche, ich möchte sagen, historische (auch hysterische) Reizbarkeit desselben! Der Irrthum über die allein praktische

Frage, über die Existenz des Eigenthums ficht ihn nichts an, aber dem historischen Irrthum, dem über den Ursprung desselben, erliegt er!

Eine Theorie, die zu solchen Absurditäten führt, trägt die Unwahrheit an der Stirn. Der Beweis dieser Unwahrheit läßt sich aber auch auf rein quellenmäßigem Wege herstellen. Wenn auch die Quellen eine directe Beantwortung unserer Frage in meinem Sinn nicht enthalten, so sprechen sie wenigstens bei Gelegenheit eines andern Verhältnisses da Princip aus, aus dem auch sie zu entscheiden ist [97]. Dies Princip ist die Indifferenz oder die Unabhängigkeit des Eigengenthums gegenüber seiner causa, und die Gelegenheit, bei der es ausgesprochen wird, die exc. rei judicatae. Für den Beweis des Eigenthums ist allerdings das Zurückgehen auf die causa unentbehrlich, und insofern läßt sich die causa vom Eigenthum gar nicht trennen. Allein auch nur in soweit. Würde aber die Bedeutung der causa weiter reichen, würde sie, wie bei Obligationen [98], so auch beim Eigenthum die Individualität des Rechts bestimmen, so müßte, wie die actio in personam, so auch die act. in rem nicht auf das Recht schlechthin, sondern auf das durch die bestimmte, vom Kläger bezeichnete causa erworbene Recht gerichtet werden müssen. Nun bekenne ich mich allerdings trotz Puchta [99] zu dem „alten Irrthum," wie er ihn tauft, daß der Kläger in dieser Weise vindiciren kann [100], allein er hat es nicht nöthig,

97) Ich betone: das Princip; es handelt sich also im folgenden nicht etwa um eine bloße Analogie, deren Beweiskraft man herabsetzen könnte.

98) l. 14 § 2 de exc. rei jud. (44. 2) .. singulas obligationes singulae causae sequuntur.

99) Rhein. Mus. II. S. 251 fl. III. S. 467 fl. Pandekten § 99 Not. m.

100) l. 11 § 2 ibid.

er kann bekanntlich schlechthin auf Eigenthum klagen (rem meam esse). Schon hierin würde die Ansicht des römischen Rechts über das Verhältniß der causa zum Eigenthum klar ausgesprochen liegen, und bei consequenter Verfolgung des Gesichtspunktes würden auch wir bei denselben praktischen Consequenzen für die exc. rei judic. angelangt sein, die die römischen Juristen in der bekannten l. 1 § 1, 5 und l. 14 § 2 de exc. rei jud. (44. 2) entwickeln. Wenn sie zur Rechtfertigung ihrer Entscheidungen über die exc. rei judic. das Princip dahin fassen: Omnes causae una petitione apprehenduntur, neque enim amplius, quam semel res mea esse potest (l. 14 § 2 cit.) oder qualecunque et undecunque dominium acquisitum habet, vindicatione prima in judicium deduxit (l. 11 § 5), so haben sie uns damit zugleich das Princip für unsere gegenwärtige Frage gegeben, und mit Substituirung des Wortes traditione für petitione und vindicatione können wir uns die Fassung wörtlich aneignen. Auch der Tradent hat nicht nöthig, die causa zu nennen und thut es auch in der Regel ebensowenig, wie der Vindikant, ja alle beide brauchen die causa im Moment der Tradition, Vindication gar nicht zu kennen; die Ermittelung derselben wird erst dann nöthig, wenn es sich um Beweis handelt (also beim Tradenten erst, wenn der Empfänger ihm im Evictionsproceß Litem denunciirt hat) — ja beide mögen immerhin sogar sich fälschlich gar nicht für Eigenthümer gehalten haben, der Wirksamkeit ihrer Handlung thut dies keinen Abbruch. Wie nun das gänzliche Nichtwissen der causa den Uebergang des Klagrechts, beziehungsweise den Uebergang des Eigenthums nicht ausschließt, so auch nicht das Falschwissen. Der Wille ist trotz desselben auf das Eigenthum gerichtet gewesen und zwar auf das Eigenthum schlechthin, nicht auf das Eigenthum aus einer bestimmten causa, die Verbindung, in

die sie dasselbe in ihrer Vorstellung mit der gedachten causa gebracht haben, ist etwas rein innerliches, und die spätere Berichtigung dieser Vorstellung, oder um mit l. 11 § 5 cit. zu reden, die mutata opinio petitoris non facit aliam (d. h. eine noch nicht absorbirte) causam. Wäre es ihre Absicht gewesen, ihren Akt lediglich auf eine bestimmte causa zu stellen, so hätten sie diesen Vorbehalt hinzufügen müssen. Daß ich denselben bei der Vindication für möglich halte, habe ich bereits bemerkt, für die Tradition wird Niemand die Möglichkeit desselben bestreiten wollen. Die rechtliche Natur desselben ist hier aber nicht die einer Individualisirung des Eigenthums — damit würden wir in die verwerfliche Vorstellung von den verschiedenen Eigenthumen zurückfallen — sondern die einer conditio in praeteritum collata: „Ich tradire, wenn ich das Eigenthum der Sache durch Kauf, Erbschaft u. s. w. von Z. erhalten habe." Daß diese Willenserklärung stillschweigend erfolgen kann, hat keinen Anstand, und ich würde z. B. in dem Fall, wenn der Verkäufer einer Erbschaft dem Käufer die in der Masse vorgefundenen Sachen und unter ihnen eine, die ihm selbst gehörte, tradirt, nicht darüber zweifelhaft sein, daß nach Absicht der Parteien das eigne Eigenthum des Erben nicht hat übertragen werden sollen. Ganz anders aber, wenn schlechthin, wie angeblich im Fall unserer l. 49, ein Erbe erbschaftliche Sachen verkauft. „Sein Wille," sagt Scheurl S. 14, „ist unter den besondern Umständen dieses Falls der: ich will das Eigenthum meines Erblassers, nicht mein Eigenthum übertragen." Wie lange sollen diese besondern Umstände dauern? Auch dann noch, wenn seit Antretung der Erbschaft eine so geraume Zeit verflossen, daß eine völlige Vermischung der Erbschaft mit dem Vermögen des Erben eingetreten ist? Mein verehrter Freund hat offenbar den Fall im Auge gehabt, wenn der Erbe gleich nach der Antre-

tung verkaufen läßt, allein was berechtigt uns, die Worte der l. 49 auf diesen Fall zu beschränken? Aber selbst in jenem Fall muß ich meinem Gegner das Recht einer solchen Verwendung der „besondern Umstände" bestreiten, und ich bezweifle, ob er als Richter diese von dem Exegeten versuchte Deutung der Umstände für stichhaltig würde gelten lassen. Weiß denn der Käufer darum, daß der Verkäufer als Erbe verkauft? Wenn er aber es nicht weiß, so fehlt dem ganzen Schluß das Fundament. Und könnte man nicht mit demselben Recht, wie hier in die Tradition, so in die Vindication des Erben „aus den besondern Umständen des Falls" die Beschränkung hineintragen, daß er nicht schlechthin, sondern nur ex causa hereditaria habe vindiciren wollen? Die l. 11 § 1 u. 5 cit. weiß nichts von einer solchen Beschränkung.

Also nochmals, ich läugne durchaus nicht, daß der Tradent die Tradition auf das Vorhandensein einer bestimmten causa stellen kann, allein wenn dies nicht geschehen und es im übrigen auch noch so unzweifelhaft ist, daß er nur eine bestimmte causa gekannt und im Auge gehabt hat, so ist diese rein innerliche subjective Bezugnahme auf die causa und folglich auch der Irrthum über die causa völlig einflußlos.

Mit Rücksicht auf die im bisherigen entwickelten Gründe habe ich geglaubt, die gegnerische Ansicht von der l. 49 cit. als juristisch unhaltbar bezeichnen zu dürfen. Der Erbe findet im Nachlaß eine Sache, die ihm selbst gehörte, ohne daß er dies wußte, und er gibt dem X. den Auftrag, sie zu verkaufen und zu tradiren. Dies geschieht, und Marcellus soll jetzt angeblich entscheiden, daß das Eigenthum nicht übergegangen sei, der Geltendmachung desselben von Seiten des Erben aber die exc. doli entgegenstehe. Damit würde sich also Marcellus nicht bloß mit dem so eben entwickelten allgemeinen Princip des römischen Rechts über das Verhältniß

der causa zum Eigenthum in Widerspruch gesetzt, sondern sich zu einer Ansicht bekannt haben, die gegenüber der Regel: plus est in re u. s. w. geradezu eine Absurdität enthält. Ob der Erbe selbst oder durch einen Stellvertreter tradirt, bleibt sich für die vorliegende Frage vollkommen gleich. Auch den Einwand, daß hier nach Absicht der Parteien die Tradition lediglich auf Uebertragung des Eigenthums des Erblassers gerichtet gewesen sein könne, habe ich oben bereits abgeschnitten. Es erhellt nicht einmal, daß der Käufer oder auch nur der Mandatar (auf dessen Wissen und Willen es bei Abschluß des Contracts allein ankommt) die Qualität des Sklaven als eines erbschaftlichen gekannt, geschweige daß sie Beschränkung der Tradition auf diese Voraussetzung gewollt hätten. Der Fall steht also ganz einfach so: der wahre Eigenthümer verkauft und tradirt, aber er irrt sich in der causa.

Untersuchen wir jetzt, ob Marcellus wirklich diesen Fall vor Augen hatte. Ich muß dies entschieden verneinen. Da die Beweisgründe für die Unrichtigkeit der gegnerischen Auffassung des Falls mit denen für die Richtigkeit der meinigen zum Theil zusammenfallen, so will ich im Interesse der Abkürzung den negativen und positiven Theil des mir obliegenden Beweises nicht scheiden, vielmehr an der Hand der Textesworte die einzelnen Gründe, die sie mir für und gegen darbieten, ungetrennt entwickeln.

Ich theile zunächst den Fall mit, wie ich mir ihn denke. Der T. (Testator) hat von dem P. (dem putativen Eigenthümer) einen Sklaven gekauft. Bevor derselbe tradirt wird, stirbt T. und wird beerbt von E. (dem wahren Eigenthümer des Sklaven). Letzterer, der um sein Eigenthum nicht weiß, gibt, anstatt sich von P. den Sklaven tradiren zu lassen, demselben den Auftrag, ihn auf seine Rechnung anderweitig zu verkaufen. Dies geschieht, der P. verkauft

und tradirt den Sklaven, und es handelt sich jetzt um die Wirksamkeit dieser Tradition. Der Jurist entscheidet: das Eigenthum des E. ist nicht übergegangen, allein der Geltendmachung desselben steht die exc. doli entgegen.

Der Fall, wie ich mir ihn denke, ist also im wesentlichen derselbe, wie der in der l. 15 § 2 de cont. emt. (18. 1) entschiedene, nur daß in letzterem Fall das Mandat lediglich auf Tradition, nicht auch auf Abschluß eines ihr vorausgehenden Kaufcontracts gerichtet war, was für die Eigenthumsfrage völlig gleichgültig. Die Entscheidung der letzteren Stelle paßt daher wörtlich auf unsern Fall: non putat Pomponius dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed q u a s i t u u m d o m i n i u m ad eum transire. Die Absicht der Parteien war auf Uebertragung des vermeintlichen Eigenthums des P., nicht des wirklichen des E. gerichtet, die Entscheidung entspricht daher ganz den oben (A.) entwickelten Grundsätzen.

Insoweit wäre also meine Construction des Falles ohne allen Anstand. Allein mein verehrter Freund hat einen andern erhoben, auf den ich aus seinem Munde nicht gefaßt gewesen bin. Das Mandat, welches ich hier zwischen dem E. und P. annehme, sagt er S. 17, enthält unwidersprechlich eine Aufhebung des mit dem Erblasser abgeschlossenen Kaufcontracts durch einen contrarius consensus, der ja re integra die gegenseitige Obligation aus dem Kaufcontract ipso jure aufhebt, also auch dem Käufer die act. ex emto (die adversus venditorem testatoris sui ex emto jure hereditario actionem, welche ich dem E. gegen den P. zuspreche) benimmt. S c h e u r l hält die Fortdauer dieser Klage nach Annahme des Mandats für so unmöglich, daß er hierin den „schlagenden Beweis" findet, daß M a r c e l l u s sich den Fall nicht in meiner Weise gedacht haben kann.

Ich will meinem Gegner zuerst mit einem praktischen Fall antworten, der mir von der betheiligten Person selbst mitgetheilt ist. Ein Kaufmann acquirirt beim Beginn der Leipziger Messe von einem Fabrikanten den ganzen Vorrath einer gewissen Sorte Tuch und zwar zu einem geringerem, als dem dafür bei Abnahme kleinerer Partieen angesetzten Preise, macht jedoch zur Bedingung, daß der Verkäufer während der Messe die Waare auf Rechnung des Käufers in bisheriger Weise, d. h. auf eignen Namen und zu dem ursprünglich angesetzten Preise feil halten soll. Da jener Artikel während der Messe viel Nachfrage erfuhr, und der ganze Vorrath bis auf einen kleinen Rest abging, so machte der Käufer ein höchst vortheilhaftes Geschäft. Hätte mein verehrter Freund diesen Fall zu entscheiden gehabt, so würde er im entschiedensten Widerspruch mit der Absicht der Parteien eine Auflösung des Kaufcontracts angenommen, dem Käufer also die act. emti auf Herausgabe des Ueberschusses, dem Verkäufer im Fall casuellen Unterganges der Waare die act. vend. versagt haben. Oder richtiger, ich bin überzeugt, daß er es nicht gethan, daß der Richter auch hier, wie S. 168 oben anders geurtheilt haben würde, als der in den Zustand der Nothwehr versetzte Exeget. Der Irrthum, den letzterer sich zu Schulden kommen läßt, besteht in einer falschen Anwendung der Regel über die Aufhebung des Contracts durch mutuus dissensus. Paßt unser Fall unter diese Regel? Die Partrien wollen den Vertrag bestehen lassen, sie wollen beiderseits erfüllen, aber anstatt daß der Käufer das Tuch oder den Sklaven sich tradiren läßt und sich selbst einen Käufer sucht, beauftragt er einen Andern, auf seine Rechnung die Waare zu verkaufen. Warum nun dieser Andere nicht der Verkäufer selbst sein kann, sehe ich platterdings nicht ein. Kann derselbe doch im Fall der mora accipiendi unter Umständen selbst ohne Auftrag des Käufers auf dessen

Rechnung verkaufen, ohne daß darin eine Aufhebung des Kaufcontracts läge[101]), warum nicht auch im Auftrage desselben? Hat er letzteres gethan, so erfüllt er durch Tradition an den zweiten Käufer seine Verbindlichkeit gegen den ersten, ohne daß Besitz und Eigenthum durch dessen Person hindurch müßten, was ich nur wiederhole, weil Scheurl bei dieser Gelegenheit auf jenen Punkt zurückkommt. Hat der Verkäufer bei dem zweiten Verkauf einen höhern Preis, als den er selbst von dem ersten Käufer zu fordern hat, erzielt, so ist er ferner verpflichtet, den Ueberschuß herauszugeben, dem Käufer steht dieserhalb, wenn, wie in dem mitgetheilten Fall, das Verkaufsmandat eine Nebenbestimmung des ursprünglichen Kaufcontracts war, die act. venditi, sonst die act. mandati zu. Der Käufer seinerseits haftet in gewöhnlicher Weise auf Zahlung des Kaufpreises, d. h. also, insoweit der Verkäufer vom zweiten Käufer weniger, als den Kaufpreis erhalten hat, auf Leistung der Differenz.

So möchte sich denn dieser Einwand der juristischen Unmöglichkeit meiner Ansicht als ein völlig unhaltbarer erwiesen haben, und ich darf jetzt zur eigentlichen Interpretation der Stelle übergehen.

Nach der jenseitigen Erklärung enthält dieselbe zwei Fälle des Irrthums von durchaus verschiedener Natur — den ersten: Irrthum des Tradenten über das Eigenthum selbst, den zweiten: Irrthum über die causa des Eigenthums. Nach meiner Erklärung sind die beiden Fälle des Irrthums sich völlig gleich, in beiden hält E. den P. für den Eigenthümer, aber im erstern gibt dieser jenem, in letzterem jener diesem den Auftrag zu dem Verkauf und der Tradition der Sache. Ich lasse jetzt Marcellus selber sprechen.

---

101) l. 1 § 3 de peric. (18. 6) i. f.

Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo.

Indem der Jurist dieses Factum an die Spitze stellt, gibt er damit zu erkennen, daß dasselbe gleichmäßig für beide Fälle gelten soll, sowohl für den Fall

(I) mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse, als

(II) vel contra ego vendidi illius mandatu.

Als Besitzer ist also hier wie dort der P. zu denken.

Während ich nun, wie ich meine, bei meiner Construction mich streng an die Worte der Stelle halte, ist Scheurl (S. 14) gezwungen, erstens die Anfangsworte bloß auf den ersten Fall zu beziehen und zweitens im zweiten Fall etwas hineinzutragen, was der Jurist nicht sagt, nämlich daß der Erblasser des Titius die Sache tradirt erhalten. Wie Scheurl S. 16 die Worte et possideo für sich benutzen, und darauf hin annehmen will, daß im zweiten Fall der Erblasser als Besitzer zu denken sei, ist mir wahrhaft unerklärlich, es folgt ja aus ihnen gerade das Gegentheil. Der ego wird im Anfang der Stelle als Besitzer charakterisirt und zwar schlechthin, d. h. nicht bloß mit Beziehung auf Fall I. Statt dessen erscheint nun nach der jenseitigen Erklärung bei II der Erblasser als der Besitzer, und bei der Entscheidung springt dann der Jurist wieder von dem einen auf den andern Besitzer. Warum, wenn beide Fälle so verschieden waren, der ego unter I Besitzer und putativer Eigenthümer, unter II aber ein beliebiger Dritter war, warum, frage ich, wählt der Jurist die Form der Darstellung, daß er beide Fälle in einander verwebt, anstatt jeden Fall separat mitzutheilen und zu entscheiden? [102]). Eine solche Art der Darstellung zweier Fälle,

---

102) Im Gefühl davon und in consequenter Fortführung des

bei der zunächst das Factische beider mitgetheilt und sodann erst zur Entscheidung übergegangen wird, läßt doch annehmen, daß beiden irgend ein factisches Moment gemeinsam ist. Nach der Scheurl'schen Interpretation ist dies nicht der Fall, als einziges Moment der Gemeinsamkeit erscheint hier der Irrthum bei der Tradition, aber dieser Irrthum selbst ist in beiden Fällen ein ganz verschiedener: im ersten fälschliche Annahme des Eigenthums in der Person eines Andern, im zweiten Annahme des Eigenthums in eigner Person, aber aus einem falschen Grunde, und der Titius, der uns dahin charakterisirt wird, daß er ignoraret suum esse, muß ebenfalls, wie der besitzende ego am Anfang der Stelle, sich eine Umwandlung gefallen lassen, indem das ignoraret suum esse in ein non ignoraret suum esse, sed ex qua causa umschlägt — ohne daß die Stelle selbst die leiseste Hindeutung darauf enthielte.

Nach meiner Interpretation besteht das factisch Gemeinsame beider Fälle in folgendem:

1) Der P. besitzt in dem einen, wie im andern Fall.
2) Der E. hält ihn hier wie dort für den Eigenthümer.
3) Der abgeschlossene Kaufcontract bezweckt in beiden Fällen Uebertragung des vermeintlichen Eigenthums des P., nur daß bei I P. Mandant des E., bei II E. Mandant des P. war.
4) In beiden Fällen treten nur diese beiden Personen als handelnd auf, nach außen hin ist der Verkauf und die Tradition, nach innen das Mandatsverhältniß das hier wie dort Gemeinschaftliche.

So erklärt es sich, daß der Jurist in der factischen Dar-

---

einmal begangenen Mißverständnisses haben die Verf. der Basiliken beide Fälle völlig von einander getrennt.

stellung beide Fälle in einander verweben und nach Mittheilung derselben für beide gemeinschaftlich die Frage aufwerfen konnte:

de jure evictionis et mandato quaesitum est.

Wie aber kommt im zweiten Fall E. dazu, dem P. den Auftrag zu geben, eine Sache, die nach seiner Meinung letzterem gehört, zu verkaufen? Darauf antwortet der Jurist mit den Worten:

cum forte is, cui heres exstiterit, eum emisset.

E. hatte den Sclaven von dem P. zu fordern und zwar nicht aus eignem, sondern aus dem Contract des Erblassers. Letzteres — weil entgegengesetzten Falls der Kaufcontract als emtio rei suae nichtig und damit die Frage nach dem Evictionsanspruch wegfällig gewesen sein würde. Darum betont er am Ende der Stelle diesen Umstand abermals (ex emto jure hereditario actionem). Zugleich gewinnt damit der Mandat des E. an dem P. einen ungezwungenen Charakter. Dem Erben konnte ein Sclave, den der Erblasser nöthig hatte, völlig überflüssig sein; ihm war darum zu thun, ihn in bequemster und vortheilhaftester Weise wieder los zu werden.

Allerdings fehlt nun bei dem eum emisset das a me, und daran nimmt Scheurl S. 16 großen Anstoß. Ich könnte ihm dasselbe vielleicht verschaffen, wenn ich die Zahl der gewagten uneigentlichen Geminationen (wie Best[103] sie nennt) vermehren wollte. Ein Geminationszeichen über das m von eum und das e von emisset, und das me wäre geliefert, und Best würde vielleicht den Muth gehabt haben, wenn man ihm die Präposition e, ex in der Verbindung mit emere, die wenigstens beim Compositum red-imere

103) Best, Ratio emend. leges l. 1 § 5.

vorkommt[104]), nicht hätte hingehen lassen, auch das a zu liefern. Davor scheue ich nun zwar zurück, allein meiner Meinung nach bedarf es jener beiden Wörtchen gar nicht einmal, sie ergeben sich aus dem Vorhergehenden. Von wem anders, als von P. kann der Erblasser die Sache gekauft haben, nachdem uns letzterer einmal als Besitzer und zugleich als derjenige bezeichnet ist, der den Sklaven weiter verkaufen soll?

Jedenfalls, meine ich, würde Marcellus den Vorwurf der „übertriebenen Wortkargheit" weniger verdienen, wenn er die Worte a me ausgelassen, als wenn er versäumt hätte, den entscheidenden Umstand zu erwähnen, auf dessen Annahme die ganze Scheurl'sche Interpretation beruht, daß der Sklav dem Erblasser tradirt worden sei, und mein verehrter Freund, der für seine Interpretation diesen mit nichts angedeuteten Umstand ohne Bedenken supplirt, sollte am wenigsten der meinigen daraus einen Vorwurf machen, daß sie einen Umstand annimmt, der zwar nicht ausdrücklich namhaft gemacht ist, sich aber aus dem Vorhergehenden von selbst ergibt.

Da die Entscheidung des Fall I kein Gegenstand des Streites, und soweit nöthig, bereits unter A. besprochen ist, so wende ich mich der Entscheidung des Falls II zu.

Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur.

Im Fall I hatte E. selbst verkauft, wenn auch als Mandatar des P., und war daher nach bekannten Grundsätzen des römischen Rechts durch den Contract auch selbst verpflichtet worden.

Et puto Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori.

Hier konnte der Käufer seiner Vindication daher mit der

104) J. B. l. 20 Solut. mat. (24. 3) ex hostibus redimere.

exc. rei vend. et trad. im eigentlichen Sinn begegnen. Anders aber in unserm Fall. Denn wenn er auch dem P. zum Verkauf und zur Tradition den Auftrag gegeben, so hatte er doch nicht selbst verkauft und tradirt. Nichtsdestoweniger steht auch hier seiner Klage eine exceptio entgegen [105]), aber der Fassung nach ist es nicht die exc. rei vend. et traditae. Marcellus bezeichnet sie mit dem generellen Ausdruck der exc. doli, in andern Stellen wird sie genauer dahin specialisirt: si non auctor meus ex voluntate tua vendidit (l. 14 de Publ. 6. 2) oder exc. rei voluntate ejus venditae (l. 7 § 6 i. f. pro emt. 41. 4). Der Sache nach ist sie also eine exc. rei vend. et trad. aus der Person des Mandatars des Klägers, und insofern konnte Ulpian in l. 2 § 2 de exc. rei (21. 3) sie geradezu mit diesem Namen bezeichnen.

Et adversus venditorem testatoris sui habet ex emto jure hereditario actionem.

Dem E. ist die seinem Testator von dem P. verkaufte Sache zwar nicht im eigentlichen Sinn evincirt und die Evictionsklage [106]) folglich nicht begründet, allein sie ist ihm doch verloren gegangen, und dieserhalb steht ihm die durch eine Eviction im eigentlichen Sinn nicht bedingte act. emti gegen denselben zu [107]).

Der venditor testatoris sui, der P., ist dieselbe Person, die im Anfang als ego bezeichnet wird, und es muß befremden, daß Marcellus nicht einfach adversus me sagt, und ich will, nachdem ich meinem verehrten Gegner bisher alle und jede Einwendungen bestritten, ihm schließlich hierin wenigstens

105) Einen Anwendungsfall dieser exc. doli bei der Schenkung s. in l. 25 de don. (39. 5).

106) Paul. Sent. rec. II. 17 § 1—3.

107) S. außer der von Scheurl angeführten l. 41 § 1 de evict. (21. 2) die l. 9 ibid. .. amissam actionem pro evictione, quoniam servus non potest evinci, sed in ex emto actione decurrendum est.

Recht geben. Ja ich will davon Anlaß nehmen, die Möglichkeit einer etwas andern Auffassung einzuräumen, die aber das Wesentliche meiner Erklärung gar nicht berührt. Der E. hätte nämlich den Auftrag zum Verkauf des Sklaven statt dem P. auch einem Dritten geben können. Nehmen wir dies an, so paßt die Entscheidung nicht minder — denn auch hier hat durch den Mandatar nicht das Eigenthum des E., sondern des P. übertragen werden sollen — und das Anstößige des bei emisset fehlenden a me und des adversus venditorem verschwindet. Allein dafür taucht an einer andern Stelle eine neue ärgere Unzuträglichkeit wieder auf. Während nämlich der Jurist den Mandatar (ego vendidi illius mandatu) im Anfang der Stelle als den putativen Eigenthümer bezeichnet (emi et possideo), müßte man annehmen, daß der zweite ego ein anderer sein soll, als der erste. Außerdem würde auch die ganze, für die Form der gewählten Darstellung so bestimmende Symmetrie der Stelle, jene Antithese zwischen dem wahren Eigenthümer, der im Auftrag des putativen, und dem putativen, der im Auftrag des wahren verkauft, zerstört und dafür eine völlig überflüssige, bedeutungslose dritte Person hineingespielt. Die der letztern zugedachte Rolle kann ebenso gut der Verkäufer übernehmen. Darum, alles für und gegen erwogen, entscheide ich mich doch lieber für die obige Construction des Falls. Die Wendung adversus venditorem testatoris sui statt me ließe sich etwa so beschönigen, daß Marcellus die Qualität des ego als Verkäufer im Gegensatz zu der als Mandatar hervorheben wollte („gegen ihn als Verkäufer“), jedenfalls ist sie, wenn auch auffällig, doch nicht falsch.

Das Resultat meiner Interpretation für die in diesem letzten Abschnitt behandelte Lehre ist zwar nur ein negatives, aber darum nicht minder wichtig, es entzieht der Irrlehre von dem Einfluß des Irrthums über die causa des Eigenthums den

einzigen quellenmäßigen Anhaltspunkt. Andererseits aber ist damit die Zahl der Stellen gegen die im Absch. IV besprochene Durchgangstheorie um eine vermehrt, und mit dieser positiven Bedeutung der Stelle, die mich ursprünglich in meiner Abh. a. a. O. allein auf sie geführt hatte, will ich schließen. Ginge im Fall II der Besitz von P. nicht direct auf den Käufer über, sondern erst durch die Person des E. hindurch, so würde, da hier der E. als Trabent des Empfängers anzusehen wäre, dieser Trabent aber, wenn auch ohne es zu wissen, das Eigenthum hatte, nach der Regel: plus est in re u. s. w., letzteres selbst auf den Käufer übergehen. Indem aber unsere l. 49 in Uebereinstimmung mit der l. 15 § 2 de cont. emt. (18. 1) diesen Eigenthumsübergang ausschließt, liefert sie damit in der That den Beweis, den ich ihr an jener Stelle entnehmen wollte.

Ich will hiermit meine Erwiderung auf die Bemerkungen meines geehrten Freundes schließen, indem ich mir diejenigen, die sich auf den Unterschied zwischen dem Stellvertreter und Ersatzmann beziehen (S. 25—32), auf die Bearbeitung der Lehre von der Stellvertretung verspare. Nur rücksichtlich eines Punktes fällt es mir schwer, meine Rechtfertigung so lange zurückzuhalten, nämlich rücksichtlich meines angeblichen Mißverständnisses der l. 13 Cod. si cert. pet. (4. 2) (Abh. S. 335 Scheurl S. 30), da aber die Sache selbst für das größere Publicum kein Interesse hat, so will ich mich bescheiden, die Materialien zu meiner Vertheidigung in der Note zusammenzustellen [108]).

---

108) 1) Zu Principaliter obligatum. Daß der Ausdruck sich dem Sinn nach, wie ich es gethan, mit „eigentliches Subject der Obligation" übersetzen ließ, wodurch nur der Gedanke an die accessorische Verpflichtung eines Andern abgewehrt werden sollte, daß also principaliter im Sinn von: ausschließlich, von mir benutzt wer-

Wenn ich so selbst noch in der letzten Note meinem verehrten Freunde gegenüber meinen Widerspruchsgeist nicht verläugnen kann, so scheide ich doch von ihm mit dem aufrichtigen Dank dafür, daß er denselben herausgefordert hat. Er hat mich dadurch in die Nothwendigkeit versetzt, meine Ansichten schärfer und klarer zu entwickeln und mir zu neuen Untersuchungen die Anregung gegeben. Möge er aus dem verspäteten Erscheinen dieses Heftes entnehmen, wie schwer es mir geworden, mich seiner Angriffe zu erwehren!

---

den durfte, dafür s. z. B. l. 2, l. 24 Cod. ad SC. Vell. (4. 29), l. 12 pr. Mand. (17. 1). 2) Zu pecuniam sumsit, licet in res alienas. Der Sinn, in dem Scheurl die Worte nimmt, ist an sich möglich, aber hier unmöglich („der Anleiher soll verpflichtet bleiben, obschon (!) er fremde Sachen verpfändet hat" — als ob die Verpfändung seine Verpflichtung hätte ausschließen können! — und was sollen die Worte: creditore non contemplatione domini eam foenori dante, wenn das Darlehn nicht das Interesse dieses dominus bezweckte?). Daß jene Wendung: „für fremde Angelegenheiten" bedeutet, dafür s. folgende Belege:

in res alienas, in rem alicujus sumere, accipere, credere, dare pecuniam, mutuare l. 17 pr., l. 20 § 1 de in rem. vers. (15. 3), l. 2 § 4 Mand. (17. 1), l. 2 Cod. ad SC. Mac. (4. 28), l. 12 Cod. si cert. (4. 2).

in rem communem mutuari l. 17 § 2 ad SC. Vell. (16. 1).

in navem credere l. 1 § 11 de exerc (14. 1).

ad merces accipere l. 13 pr. de inst. (14. 3).

in rem domini fidejubere l. 47 § 1 de pec. (15. 1).

Am schlagendsten die l. 16 pr. de pign. act. (13. 7), l. 8 Cod. Mand. (4. 35) u. l. 3, 7 Cod. si aliena (8. 16), wo das in rem pupilli accipere und die Verpfändung neben einander erwähnt werden. 3) Zu contemplatione l. 7 § 1 Cod. quod cum eo (4. 26), l. 10 § 5 de in rem (15. 3).

IV.

Ein Beitrag zu der Lehre von den Inhaber-papieren.

Von

Reinhard Eigenbrodt,

Ministerialrath a. D. in Darmstadt.

Dieser Aufsatz hat nur eine einzelne, zudem etwas abseits liegende Frage aus der Lehre von den Inhaberpapieren zum Gegenstand, die Frage nämlich nach der rechtlichen Bedeutung der früherhin in Deutschland gewöhnlichen Form von Schuldverbriefungen, wodurch die Leistung an einen genannten Gläubiger, und daneben alternativ an den „getreuen Inhaber des Briefs", oder auch an den Inhaber ohne weiteren Zusatz, versprochen wurde. Nachdem seit dem Anfang des 17. Jahrhunderts die Ansicht zur Geltung gelangt war, daß der Zusatz „oder an den getreuen Inhaber" blos auf den im Wege der Cession zu vermittelnden Uebergang der durch den Schuldbrief beurkundeten Forderung hinweise, den Inhaber einer solchen Urkunde aber von dem Beweise der Cession keineswegs entbinde, hat sich seit Entstehung unserer juristischen Litteratur über Inhaberpapiere eine ganz entgegengesetzte Auffassung Eingang zu verschaffen gesucht. Schon Bender [1]) knüpfte an

1) Verkehr mit Staatspapieren. 2. Ausgabe. Göttingen 1830. S. 167 N. 1.

diese Form von Schuldverbriefungen die Behauptung, es sei eine längst bekannte Sitte gewesen, Schuldscheine auf den Inhaber zu stellen, und diese Sitte habe nur seit dem Aufkommen größerer Staatsanleihen ihre heutige allgemeine Verbreitung gewonnen. Was Bender blos angedeutet hatte, ist elf Jahre später von Duncker weiter entwickelt worden [2]), indem er eines Theils die Sitte, Schuldverbriefungen in jener Form auszustellen, bis zum Anfang des 14. Jahrhunderts zurückführte, anderen Theils als rechtliche Bedeutung jener Form nachzuweisen suchte, daß der Inhaber einer solchen neben dem bestimmten Gläubiger alternativ den Inhaber oder den getreuen Inhaber nennenden Urkunde als Cessionar anzusehen, und durch den Besitz der Urkunde als solcher hinreichend legitimirt sei. Zwar erklärte sich Savigny, der große Meister, gegen diese Ansicht Dunckers [3]); die letztere hat aber alsbald in Renaud wieder einen Vertheidiger gefunden [4]), ja dieser Schriftsteller ist nicht bei derselben stehen geblieben, sondern will sie dahin erweitern, daß er jener alten Form von Schuldverbriefungen alle diejenigen Wirkungen beilegt, die als Eigenthümlichkeiten der heutigen schlechthin auf den Inhaber lautenden Papiere anerkannt zu werden pflegen, so daß er diese Papiere als ihrem Wesen nach mit jenen Schulddocumenten zusammenfallend, und lediglich als eine an die Stelle der letzteren getretene und üblicher gewordene Form betrachtet.

Indem hier auf eine ausführlichere Prüfung der neuen Theorien Duncker's und Renaud's eingegangen wird, hat

---

2) Ueber Papiere auf den Inhaber, im 5. Band der Zeitschrift für deutsches Recht. 1841. §. 2 u. 3.

3) Obligationenrecht. 2. B. 1853. §. 63 S. 100 ff.

4) Beitrag zur Theorie der Obligationen auf den Inhaber, im 14. Band der Zeitschr. f. D. R., 1853, besonders §. 1.

der Verfasser vorauszuschicken, daß seine Arbeit nicht durch das geschichtliche, sondern durch das practische Interesse, welches die vorliegende Frage darbietet, hervorgerufen worden ist. Zu einer blos die Geschichte des Instituts der Inhaberpapiere aufklärenden Arbeit würde ich mir, so interessant dieser Stoff ist, als vorzugsweise practischer Jurist keinen Beruf zuschreiben können; die vorliegende Frage hat aber auch ihre große practische Bedeutung, und Savigny's Ansicht, daß sie nur ein geschichtliches Interesse darbiete, stehen Erfahrungen entgegengesetzter Art gegenüber. Die Urkunden des im Eingang erwähnten Inhalts greifen weit über das Mittelalter hinüber; jene Formeln kommen noch in Urkunden vor, die der Gegenwart nicht so gar fern liegen, in Urkunden, die erst gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts errichtet wurden. Streitigkeiten über die Natur solcher Urkunden, ob dieselben als Inhaberpapiere zu betrachten, und ob die Rechtsgrundsätze, die sich hinsichtlich der letzteren Eingang verschafft haben, auf dieselben anwendbar seien, können, da manche der durch solche Urkunden begründeten Rechtsverhältnisse noch fortdauern, nicht allein täglich vorkommen, sondern sind, veranlaßt durch jene neuen Theorien, wirklich vorgekommen. Eine abermalige Besprechung der Controverse wird also, auch vom practischen Standpuncte aus, nicht als überflüssig betrachtet werden können.

Die nachfolgende Untersuchung beschränkt sich übrigens, wie schon angedeutet wurde, auf Urkunden des erwähnten Inhalts aus früherer Zeit; sie hat namentlich Urkunden über Rentenkäufe und verzinsliche Darlehn, wie solche im 15., 16. und 17. Jahrhundert in Deutschland gewöhnlich waren [5]) und den älteren Formeln nachgebildet noch

5) Formulare solcher Urkunden finden sich in den Formelbü-

bis gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts vorkommen, zum Gegenstand. Eine Reihe solcher Urkunden, vom Ausgang des Mittelalters an bis zu der Zeit, wo sie außer Gebrauch kommen, ist nach dem Vorgange Duncker's im Anhang auszugsweise zusammengestellt. Urkunden dieser Art können, — um die Ansicht, die hier vertheidigt wird, sogleich an die Spitze zu stellen, — nicht als Inhaberpapiere betrachtet werden, sondern es bezeichnen, wie Savigny gegen Duncker bemerkt hat, alle jene in großer Abwechselung vorkommende Ausdrücke derselben, wodurch der Inhaber des Briefs alternativ neben den darin genannten Gläubiger gestellt wird, nur die Möglichkeit der Cession, die letztere aber muß als Thatsache bewiesen werden.

Dagegen bleiben von unserer Untersuchung Urkunden des erwähnten Inhalts, die nach der Zeit ihrer Errichtung der Gegenwart angehören, ausgeschlossen. Es geschieht dieses nicht sowohl um deßwillen, weil, wie Savigny bemerkte, solche Geschäfte, wenn überhaupt doch gewiß nicht in irgend einem bedeutenden Umfang gegenwärtig vorzukommen pflegen, — denn so gewiß scheint dieses nicht zu sein [6]), —

---

chern des 15. u. 16. Jahrhunderts, so in A. Saur's Formularbuch, Ausg. v. 1598 durch Conr. Gerh. Saur, S. 594—633. — Ueber diese Formelbücher s. Eichhorn's D. Staats- und Rechtsgesch. 4. Ausg. §. 443 Note k.

6) Wenn indessen Renaud (a. a. O. S. 318) die Frage nach der juristischen Bedeutung solcher Verschreibungen unter andern um deßwillen als eine practische aufstellt, weil Wechsel „an N. N. oder jeden Inhaber" nicht ganz ungewöhnlich seien, so ist hiergegen an den Art. 4 der deutschen Wechselordnung zu erinnern, wonach jeder Wechsel den Namen des Remittenten enthalten muß. Bei der Zulassung des Blanco-Indossaments (Art. 12) ist die Stellung auf den Inhaber auch ganz überflüssig, indem durch jenes Indossament jeder Wechsel zu einem Inhaberpapier gemacht werden kann.

als deshalb, weil für die Würdigung solcher neuern Urkunden ganz andere Gesichtspuncte gelten, und dasjenige, was für jene alten Schuldverbriefungen wahr ist, keineswegs auch nothwendig für solche neuere Urkunden wahr sein muß. Die Verschiedenheit der Zeit, die aus derselben hervorgegangene Entwickelung neuer Rechtsbegriffe, macht hier einen wesentlichen Unterschied. Die Urkunden, welche den Gegenstand dieser Untersuchung bilden, rühren aus Zeiten her, für welche das Institut der Inhaberpapiere auf andere Weise überhaupt nicht nachzuweisen ist, oder wenigstens in erheblichem Umfang noch nicht existirte; die Behauptung, daß diese Schuldverbriefungen Inhaberpapiere seien, knüpft blos an das Wort „Inhaber" an, ohne tiefer in die Sache einzugehen, und diesem Worte kann hier die entscheidende Bedeutung, die für dasselbe in Anspruch genommen wird, nicht zugestanden werden. In unserer Zeit dagegen, nachdem die Inhaberpapiere ohne alle Benennung eines bestimmten Gläubigers aufgekommen und allgemeine Verbreitung gefunden haben, hat jenes Wort eine specifische Bedeutung erhalten, und wird dasselbe gegenwärtig, wenn auch alternativ neben einem benannten Gläubiger, in eine Schuldurkunde aufgenommen, so kann dasselbe sehr wohl die nämliche Bedeutung haben, wie in einem Papiere, das gar keinen bestimmten Gläubiger benennt. Insoweit möchte also der Bemerkung Mittermaier's beizutreten sein, daß es auf die Umstände, d. h. auf den sonstigen Inhalt der Urkunde ankomme, und daß man in Beziehung auf dergleichen Urkunden häufig zu viel generalisire [7]).

---

7) Deutsches Privatrecht. 7. Ausgabe §. 274 Note 54. — Die von der Stadt St. Louis (Nordamerica) auf den Namen verschiedener Eisenbahngesellschaften „or bearer" ausgestellten, mit Zinscoupons „payable to bearer" versehenen Schuldscheine sind unzweifelhaft wahre Inhaberpapiere.

Wir stellen uns insofern ganz auf den Standpunct der Gelehrten, deren Ansichten wir bekämpfen, als wir die Entscheidung der Streitfrage lediglich von der Absicht, welche die ursprünglichen Contrahenten bei Errichtung der in Frage stehenden Urkunden gehabt, und in erkennbarer Weise darin ausgedrückt haben, abhängig betrachten; wir nehmen das Institut der Inhaberpapiere als etwas Gegebenes, und fragen nicht weiter, wie es habe entstehen können, mit den Grundsätzen des die Grundlage unseres heutigen Rechts bildenden römischen Rechts in Einklang zu bringen, und welche Stelle demselben im Rechtssystem anzuweisen sei. Die Frage, die wir erörtern, ist also wesentlich eine Interpretationsfrage, und sie erscheint in Bezug auf diejenigen Urkunden, die nicht den Inhaber schlechthin, sondern den getreuen oder durch ähnliche Zusätze näher bestimmten Inhaber neben dem benannten Gläubiger erwähnen, in der That als etwas sehr Einfaches.

Die älteren Juristen, die sich mit der rechtlichen Bedeutung jener Formeln beschäftigt haben, knüpften ihre Erörterung an die Formel des „getreuen" Inhabers, diese Formel ist in unserer neueren Litteratur gewissermaßen als Repräsentant aller ähnlichen Formeln beibehalten worden, und auch wir wollen uns derselben in diesem Sinne bedienen. Sie scheint aber weder als die ursprüngliche, noch als die gewöhnliche Formel betrachtet werden zu können. Die ursprüngliche Formel war, wie aus den bei Duncker[8]) abgedruckten Urkunden hervorgeht, „dem NN., seinen Erben, und wer den Brief mit ihrem Willen" — oder wie in Nr. 1, 2 und 3 des Anhangs, — „mit ihrem Wissen und Wil-

8) A. a. O. S. 32 — 40. Urk. Nr. III. IV. V. VII. VIII. XII. u. XIII. Nr. VI enthält andere aber gleichbedeutende Werte.

len inhat." In den spätern Urkunden findet sich eine große Abwechselung der Ausdrücke. Wenn in Nr. 4 von dem „wissentlichen Inhälter des Briefs" die Rede ist, so schließt sich diese Formel augenscheinlich an die ältere „mit Wissen und Willen" an, und findet darin ihre Erläuterung. In Nr. 5 finden wir die „rechtmäßigen wissentlichen Inhaber", in Nr. 6 neben den Erbnehmenden „sonsten rechtmäßige" und weiter unten die „befugten Briefsinhaber," in Nr. 7 die „rechtmäßigen In- und Theilhaber des Briefs" erwähnt. Eben so begegnen wir in Nr. 10 dem Ausdruck „rechtmäßige Halter dieses Briefes." In den beiden jüngsten dem Ende des 18. Jahrhunderts am nächsten stehenden Urkunden — Nr. 8 und 9 — tritt unsere Formel mehr in den Hintergrund, zieht sich aus dem Eingang in Nebenpartien der Urkunde zurück, und wird hier nur beiläufig erwähnt; — die jüngste dieser Urkunden, Nr. 9, ist die einzige von allen im Anhang mitgetheilten, welche den Ausdruck „getreue Inhaber des Briefs" enthält [9]), während in Nr. 8 die „Briefs In- und Theilhaber" ohne weiteren Zusatz genannt sind. Meistens kommen übrigens neben den hier hervorgehobenen vollständigen auch noch abgekürzte Formeln in den nämlichen Urkunden vor, indem der Inhaber (Halter, Inhälter) schlechthin, oder nur mit einem einzelnen der in dem vollständigen Ausdruck gebrauchten mehreren Beiworte erwähnt wird; letzteres ist namentlich in Nr. 5 des Anhangs der Fall. Die Erben des ursprünglichen Gläubigers werden gewöhnlich neben dem Briefsinhaber besonders genannt; nur da tritt eine Ausnahme

---

9) Auch bei Saur a. a. O. kommt die Formel „oder getreue Inhaber dieses Briefs" nur in dem S. 612 ff. abgedruckten Formular vor; alle übrigen dort mitgetheilten Formulare enthalten andere Ausdrücke.

hiervon ein, wo die ursprünglichen Gläubiger, wie in Nr. 5, 7 und 9, unter Bezugnahme auf eine letzte Willensordnung als die in dieser bestimmten Testamentsvollzieher, Testamentserben, Fideicommißerben, oder unbestimmt als Verlassenschaftsmasse bezeichnet sind, die Verhältnisse selbst also eine besondere Erwähnung der Erben ausschließen.

Alle vorerwähnte Formeln sprechen also nicht jedem Besitzer der Urkunde, sondern nur demjenigen, dem sie von dem ursprünglichen Gläubiger überlassen worden, die in der Urkunde verbrieften Rechte zu. Allerdings wird hierbei die Forderung als an die Urkunde geknüpft, als gewissermaßen in derselben verkörpert gedacht; aber dieß ist nur eine naive, keineswegs eine juristische Auffassung und Ausdrucksweise, entsprechend den einfachen Vorstellungen, der noch wenig ausgebildeten juristischen Unterscheidungskraft der Zeit, in welcher jene Formeln entstanden sind. Diese Weise des Ausdrucks erklärt sich theils durch den Umstand, daß die schriftliche Vertragsform bei Rechtsgeschäften solcher Art allgemein üblich war, so daß man sich eine derartige Forderung ohne einen Brief darüber nicht recht denken konnte [10]), theils durch das natürliche Verhältniß, daß bei einer Abtretung solcher Forderungen die Urkunde darüber dem Cessionar jedesmal übergeben, der Cessionsvertrag gewissermaßen durch diese Uebergabe vollzogen wurde. Auf das letztere Verhältniß hat schon Duncker aufmerksam gemacht [11]), und dabei hervorgehoben, wie deßhalb der Inhaber der Urkunde mitunter geradezu als derjenige bezeichnet werde, dem der genannte Rentenkäufer sein Recht übertragen habe, — die Uebertragung der Forderung also als mit der Uebertragung der Urkunde gleichbedeutend er-

---

10) Maurenbrecher, Lehrb. d. gem. d. Rechts. 1. Ausg. 2. Abth. S. 404. der Text zu Note 1.

11) A. a. O. S. 38.

wähnt wird. Nicht blos die bei Duncker abgedruckte Urkunde Nr. XIII gehört hieher, sondern auch Nr. XII; er hat aber auch in der Note 15 eine Urkunde extrahirt, in welcher nicht wie gewöhnlich der künftige Briefsinhaber, sondern lediglich derjenige, dem der ursprüngliche Rentenkäufer den Zins verkaufen werde, neben dem letzteren genannt ist. Von den im Anhang enthaltenen Urkunden ist Nr. 1 in dieser Hinsicht zu erwähnen, wo die Ausdrücke „Inhalter des Briefs" und „wer zu dieser gult gerechtigkeit gewinnt" als gleichbedeutend gebraucht sind. — Der Sinn aller bisher erörterten Formeln ist also der, daß sie nur zu Gunsten desjenigen lauten, der die verbriefte Forderung und das Beweismittel über dieselbe, den Brief, von dem ursprünglichen Gläubiger oder dessen Erben vertragsweise überlassen, der die Forderung cedirt erhalten hat.

Daraus folgt dann von selbst, daß die Thatsache der Cession von demjenigen, der Rechte aus der Urkunde geltend machen will, bewiesen werden muß; die Nothwendigkeit dieses Legitimationsbeweises, und daß nach dem Sinn jener Formeln keineswegs der Besitz der Urkunde an sich zur Legitimation genügen solle, ergiebt sich aber auch noch aus einigen andern Stellen unserer Urkunden. Es spricht dafür namentlich theils die besondere Erwähnung der Erben des ursprünglichen Gläubigers neben dem Briefsinhaber, der wir regelmäßig begegnen, theils die hin und wieder vorkommende Gleichstellung der Briefsinhaber mit den Erben. Soll der dritte Inhaber des Briefs ohne Weiteres als Forderungsberechtigter anerkannt werden, warum soll dasselbe nicht auch bei den Erben Statt finden? sie würden ja sonst schlimmer gehalten als jener. Und doch sind die Urkunden darüber ganz deutlich, daß die Erben ursprünglich zu den Briefsinhabern nicht gerechnet, vielmehr diese ihnen gegenübergestellt werden;

der Schuldner verpflichtet sich nach der ursprünglichen Formel „dem N. N., seinen Erben, und wer den Brief mit ihrem Willen inhat." So gewiß also die Erben sich als solche legitimiren müssen, so gewiß muß der Gedanke aufgegeben werden, daß derjenige, der nicht als Erbe auftritt, einer weiteren Legitimation außer dem Besitz der Urkunde nicht bedürfe. Daß beiden, den Erben wie andern Besitzern der Urkunde, in gleicher Weise die Verpflichtung, sich als Berechtigte zu legitimiren, obliegt, ergiebt sich vielmehr deutlich aus denjenigen Urkunden, in welchen wie in Nr. 6 von den Erben „und sonsten rechtmäßigen Inhabern des Briefs" die Rede ist, oder wo wie im Eingang von Nr. 8 die Erben des Gläubigers als „dermalige rechtmäßige Briefs- In- und Theilhaber" bezeichnet werden.

Von besonderer Erheblichkeit sind endlich noch die Nr. 10 und 11 des Anhangs. Die erstere Urkunde erwähnt an mehreren Stellen neben dem genannten Gläubiger „der Halter des Briefs" ohne weiteren Zusatz; daß dabei aber keineswegs an die bloße thatsächliche Inhabung gedacht ist, beweist diejenige Stelle derselben, wo bedungen ist, daß „auf den Fall des Creditoris Erben und Erbnehmenden oder rechtmäßige Halter dieses Briefs eines Transfixi darüber bedürften, ihnen solcher mitgetheilt werden solle." Der hier als etwa erforderlich erwähnte Transfix ist später, nachdem der ursprüngliche Gläubiger gestorben und ein Dritter die Forderung von seinen Erben erworben hatte, jenem Dritten ausgefertigt worden — Nr. 11; er ist abgesehen von demjenigen, was darin als bloße Courtoisie erscheint, eine Anerkennung desselben als Cessionars, oder wenn man lieber will, als Delegatars der Forderung; er wurde ausgefertigt nicht auf bloße Vorlegung des Schuldbriefs, sondern nachdem der Cessionar durch gerichtliche Urkunde nachgewie-

sen, daß er die Verschreibung für sich eingelöst habe. Wäre der Besitz der letzteren allein als genügende Legitimation betrachtet worden, so hätte in der Urkunde weder von der Nothwendigkeit eines Transfixes die Rede sein, noch vor Ausfertigung des letzteren eine Nachweisung über den Erwerb der Forderung verlangt werden können. —

Bis hieher ist nur von denjenigen Urkunden die Rede gewesen, welche nicht den Inhaber schlechthin, sondern mit Beiwörtern und Zusätzen, die auf die Nothwendigkeit einer Rechtsnachfolge im Verhältniß zu dem genannten Gläubiger hinweisen, neben dem letzteren erwähnen; wir wenden uns nun zu jener andern Classe von Urkunden, welche in dieser Weise des Inhabers ohne Zusatz gedenken. Urkunden dieser Art scheinen vergleichungsweise selten zu sein, weßhalb ebnn auch die älteren deutschen Juristen sich mit der rechtlichen Bedeutung dieser Formel nicht beschäftigen, sondern bei ihnen blos von der Formel des „getreuen" Inhabers die Rede ist [12]). Die neueren Bearbeiter dieser Frage sind darüber ein-

12) Mühlenbruch (Cession S. 459) und Renaud (a. a. O. S. 319) erwähnen der Meinung, daß, wenn die Urkunde auf den Inhaber schlechthin neben dem genannten Gläubiger laute, kein Beweis der Cession erforderlich sei, während dieser Beweis da, wo der „getreue" Inhaber erwähnt sei, gefordert werden müsse. Duncker (S. 43) hat sich weniger bestimmt ausgedrückt, scheint aber die Ansichten der älteren Juristen eben so aufzufassen. Ich habe indessen bei den letzteren jene Unterscheidung nicht finden können; der Fall, wo der Inhaber schlechthin erwähnt ist, wird von ihnen nicht berührt, vielmehr ist in allen von mir nachgelesenen Schriften derselben (namentlich in den bei Duncker Note 31. citirten) nur von der Formel des „getreuen" Inhabers die Rede. — Das seltene Vorkommen der des Inhabers schlechthin neben dem genannten Gläubiger erwähnenden Formel scheint auch Duncker (S. 35 oben) anzuerkennen; er führt nur die Urkunde N. X als hieher gehörig an, es müssen aber auch wohl N. I u. II, die er (S. 37) eher, — wenn man so sagen darf — als Vollmachtsurkunden auf den Inhaber ansehen zu müssen glaubt, hieher gezählt werden.

verstanden, daß es für die Bedeutung einer Urkunde keinen Unterschied mache, ob sie des Inhabers schlechthin oder des „getreuen" Inhabers erwähne; weiterhin gehen sie aber aus einander, indem die Einen in beiden Fällen den Beweis der Cession für nöthig halten [13]), die Andern in beiden Fällen den Inhaber durch den bloßen Besitz der Urkunde als zu der Forderung legitimirt ansehen [14]). Jene Ansicht, in welcher beide Seiten übereinstimmen, muß unbedenklich als die richtige anerkannt werden; die dafür angeführten Gründe sind nicht ausführlich zu wiederholen, wir beschränken uns auf wenige Bemerkungen. Die Erwähnung des Inhabers ohne Zusatz ist blos eine abgekürzte Formel für eine allgemein bekannte Sache, sowie wir ja auch — was schon Duncker hervorhebt — in den nämlichen Urkunden abwechselnd bald den Inhaber mit Zusätzen, bald ohne Zusatz angeführt finden. Besonders bezeichnend für die Gleichartigkeit beider Formeln sind diejenigen Urkunden, welche anfangs den abgekürzten — Inhalter, Halter — und erst an einer späteren Stelle den vollständigen Ausdruck aufnehmen, wie dieses in Nr. 1 und 10, zwei Urkunden, die fast dreihundert Jahre auseinanderliegen, der Fall ist. Aus dieser inneren Gleichartigkeit beider Formeln wird hier natürlich der Schluß gezogen, daß in beiden Fällen, mag blos der Inhaber oder der getreue Inhaber genannt sein, der Beweis der Cession erforderlich ist.

Nachdem wir in dem Bisherigen die rechtliche Bedeutung der in Frage stehenden Formeln aus ihrem Wortlaut und Zusammenhang mit dem übrigen Inhalt der Urkunden, in welchen wir dieselben finden, zu entwickeln gesucht haben, wird

13) Savigny a. a. O. S. 102.

14) Duncker S. 39. — Renaud S. 319 ff.

auf eine nähere Besprechung der entgegengesetzten Ansichten Duncker's und Renaud's einzugehen sein. Zuvor jedoch erscheint es nothwendig, dasjenige anzuführen, was in diesen Ansichten und namentlich in der historischen Entwickelung, die denselben zu Grunde liegt, als richtig anzuerkennen ist; denn eine unbefangene Betrachtung des Stoffs wird sich der Anerkennung nicht entziehen können, daß wirklich richtige Bestandtheile in ihrer Darstellung enthalten sind, Bestandtheile, die für die Geschichte des Instituts der Inhaberpapiere ein hohes Interesse darbieten.

Daß Schuldscheine, die auf einen bestimmten Gläubiger und daneben auf den Inhaber lauteten, und denen das Gewohnheitsrecht die Wirkung beilegte, daß der Vorzeiger derselben nicht blos gültig Zahlung empfangen, sondern auch entweder in eigenem Namen, oder wenigstens als vermutheter Mandatar des genannten Gläubigers die in dem Schuldschein verbriefte Forderung verfolgen konnte, im 16. und 17. Jahrhundert in allen Ländern Europas gewöhnlich waren, wird durch die unverwerflichsten Zeugnisse bestätigt. Duncker hat die von italienischen, französischen und niederländischen Juristen in Betreff dieser Schuldscheine aufgestellten Grundsätze übersichtlich mitgetheilt, und zugleich die Puncte bezeichnet, hinsichtlich deren verschiedene Ansichten obwalteten, was übrigens bei einem solchen blos auf Gewohnheitsrechts beruhenden Rechtsinstitut ganz in der Natur der Sache liegt, und sich auch in unsern Tagen hinsichtlich des Instituts der Inhaberpapiere wiederholt hat [15]). Wenn aber auch Duncker

15) Duncker a. a. O. §. 3 S. 40—42 und Bender a. a. O. — Unter den Zeugnissen für das Vorkommen solcher Schuldscheine mit der erwähnten Wirkung ist als besonders bezeichnend hervorzuheben die Aeußerung von P. Gudelinus in dem Comment. de jure noviss. Arnhemii 1643. lib. III. c. 1: „Cum res ita sit, ad-

keineswegs übersehen, vielmehr ausdrücklich hervorgehoben hat, daß diese Urkunden als einer besonders unter Kaufleuten üblichen Art der Verbriefungen erwähnt wird, so hat er, wie wir glauben, auf diesen Umstand doch keine genügende Rücksicht genommen. Mögen nämlich außerhalb Deutschlands solche Schuldbriefe auch im gewöhnlichen Verkehr vorgekommen sein, — was für Frankreich namentlich wohl anzunehmen ist [16]) — so fand der Gebrauch derselben doch überwiegend bei dem Handelsstande Statt, und zwar in solchem Grade überwiegend, daß niederländische Juristen dieselben geradezu auf ein unter Kaufleuten hergebrachtes Gewohnheitsrecht zurückzuführen. So spricht Nicol. Thuldänus, der Commentator Damhouder's, davon: „quod litterarum lator de consuetudine mercatorum Antwerpiensium non habeat actionem", und erwähnt weiterhin der „clausulae hujus vis, quatenus per consuetudinem pro faciliore commutationum s. commerciorum exitu est ampliata" [17]); und Elbertus Leoninus erörtert die „clausulae

---

mirabitur forte quispiam, qua ratione mos per totam Europam, nedum in his provinciis frequentissimus, praesertim inter mercatores invaluerit, ita syngraphas concipiendi, ut solvatur creditori eive qui hanc feret: quo casu latori syngraphae non tantum tanquam adjecto solutioni recte solvitur, verum habet is quoque actionem. — Die von Duncker und theilweise schon von Bender angeführten Schriften von Scaccia, Stracha, Gallus, Boërius und Lud. Romanus habe ich mir leider nicht verschaffen können.

16) Nach dem Zeugniß von Rebuff tract. de litt. obligat. art. 1. Gl. 9. n. 33: „quia in instrumentis Parisiis conscriptis solet debitor obligari ad dandum Titio creditori, vel portitori praesentis obligationis."

17) Man vergleiche die Ausgabe von Damhouder's Praxis etc. cum annotationibus Nic. Thuldaeni, Antwerp. 1617, insbes. die annotationes zu cap. 97.

eive qui hanc feret, obligationibus mercatorum solitae apponi, vim et potestatem", sowie die „consuetudo mercatorum" hinsichtlich der erwähnten Clausel[18]). Auch Jo. a Sande führt an: „consuetudine inter mercatores usitata facillimam transferendi nominis viam suppeditare vulgarem clausulam „eive qui hanc feret", literis et obligationibus inseri solitam" [19]).

Uebrigens wird von Damhouder ein Exemplar einer solchen schedulae obligatoriae, wie sie unter Kaufleuten gewöhnlich waren, mitgetheilt [20]); man sieht daraus, daß diese Schuldscheine ganz anders abgefaßt waren, als die in Deutschland üblichen Schuldverschreibungen über verkaufte Renten und verzinsliche Darlehn, die neben dem benannten Gläubiger ebenfalls den Briefsinhaber anzuführen pflegten.

Auch in Deutschland fanden diese kaufmännischen Papiere Eingang, wie uns von Marquard berichtet wird [21]): „Notandum est hic, per clausulam vulgatam „eive qui hanc feret, Bringer oder Zeiger dieses, oder getreuer Einhaber dieser Handschrift" ex more inter mercatores frequentissimo syngraphis inseri solitam, latori non solum tanquam adjecto recte solvi, sed et actionem ei a creditore mandatam cessamque praesumi." Wir erfahren hier zugleich die interessante Thatsache, daß man sich in solchen Schuldscheinen außer andern Formeln auch wohl der sonst üblichen „des getreuen Einhabers der Handschrift" bediente.

Hier sind wir nun zu dem Punct gelangt, von welchem aus die schon zu Ende des 16. Jahrhunderts in Deutschland aufgestellten ganz entgegengesetzten Ansichten über die rechtliche

18) Desselben Centuria Consiliorum. C. 13 et 92.

19) De cess. action. c. 2 n. 17.

20) Cap. 133 n. 2.

21) De juro mercat. et commerc. lib. 2 Tit. 14 §. 9.

Bedeutung der Urkunden, welche jene Clauseln enthalten, nicht nur ihre Erklärung, sondern auch ihre Vereinigung scheinen finden zu können. Es ist hierbei im Allgemeinen übersehen worden, daß zwei innerlich verschiedene Gattungen von Papieren vorkamen, die sich derselben Ausdrücke bedienten, ungeachtet dieser äußerlichen Uebereinstimmung aber nichts mit einander gemein hatten, und während die Einen, — freilich nur eine ganz kleine Minderheit —, unter dem Einfluß der französischen Jurisprudenz beide Gattungen von Papieren nach den in Deutschland nur unter Kaufleuten angenommenen Grundsätzen beurtheilen wollten, haben die Andern, auch ihrerseits zu weit gehend, diesen Grundsätzen auch diese nur beschränkte Anerkennung versagen zu müssen geglaubt, — wenigstens einer in Betreff dieser Papiere zu machenden Ausnahme nicht erwähnt. Doch fehlt es wenigstens nicht ganz an juristischen Schriftstellern, die zwischen beiden Arten von Papieren unterscheiden.

Von den bei Duncker allegirten deutschen Juristen, die über unsere Materie geschrieben haben, verdienen die beiden ältesten, Coler [22]) und Cothmann [23]), gleichsam die Väter der sich gegenüber stehenden Ansichten, besonderer Berücksichtigung. Der Erstere hat, bei dem großen Respect, den ihm die französischen Juristen einflößten, nicht zu einem reinen Ausdruck seiner Ansicht gelangen können, und verwickelt sich in wahre Widersprüche; er spricht den Besitzer einer solchen Schuldurkunde einerseits von dem Beweise seines tituli, „ex qua videlicet causa ad ipsum pervenerit hoc instrumentum“ frei, behauptet aber auf der andern Seite, — und dahin geht seine eigentliche Meinung — doch, daß demselben

22) De processibus executivis p. 2 cap. 2 n. 77—93.

23) Respons. jur. s. cons. T. 2 C. 54 et 89 n. 17.

„incumbat probatio saltem de traditione, quod videlicet istam cautionem habeat ex voluntate et traditione domini, et per hoc effectus sit b. f. possessor;“ — als ob zwischen diesem Beweise und dem des justus titulus irgend ein Unterschied denkbar wäre! Diese schwache Seite ist denn auch von Cothmann in dem von ihm Namens der Juristenfacultät zu Rostock im Jahre 1593 ausgearbeiteten Gutachten hervorgehoben worden [24]; aber seine eigene Arbeit zeigt doch gar zu deutlich, daß es ihm weniger um die reine Wahrheit, als darum zu thun war, zu einer den „viris nobilibus, Dominis consulentibus“ günstigen Antwort zu gelangen, wobei für ihn, wie wir zu seiner Ehre annehmen wollen, blos die in dem ihm vorliegenden Fall vorhandenen Billigkeitsrücksichten bestimmend gewesen sein mögen. Die Art und Weise jedoch, wie er die in der Schuldurkunde enthaltenen Worte „mit Wissen und Willen“ als bedeutungslos hinzustellen sucht, kann von dem Vorwurf der Sophisterei nicht freigesprochen werden [25]. Wäre diesem begabten Manne die juristische Unhaltbarkeit seiner Ausführung nicht selbst einleuchtend gewesen, so hätte er nicht inconsequenter Weise von den Besitzern der Urkunde die Leistung einer Caution verlangen können, „ne quis in posterum

---

24) C. 54 N. 79 u. 80.

25) A. a. O. N. 93 — 95. „Respondeo primum, si verba illa „mit Wissen und Willen“ eum sensum haberent, ut possessor futurus voluntate creditorum se litteras accepisse et possidere ostendat, plane ea otiosa et supervacua esse; nam et quilibet alius in instrumento neque specifice neque implicite nominatus instrumento juvatur eo casu, quo probat se voluntate domini instrumentum possidere. At supra probavimus verba, immo syllabas contractuum et instrumentorum ita accipi debere et oportere, ut aliquid efficiant, neque sint frustra et otiosa.“ — Und doch hat diese Deduction auf einen so gewissenhaften Forscher, wie Duncker, ihres Eindrucks nicht verfehlt!

debitum in obligatione descriptum denuo petat" [26]) — noch würde er so, wie geschehen, den Umstand, daß die Schuldner die Existenz der Schuld an sich nicht bestritten, als mitentscheidend hervorgehoben [27]) und diese „alia adminicula concurrentia" bei einer anderen Gelegenheit, wo er auf dieses Gutachten zurückkommt, nicht so sehr betont haben [28]). Auch hat er bei dieser anderen Gelegenheit den Besitzern einer solchen Urkunde gerathen, sich lieber eine Cessionsurkunde zu verschaffen, weil unsere Frage unter den Juristen sehr bestritten sei; ja er hat selbst zugestehen müssen, daß Cessionsurkunden bei der Uebertragung solcher Schuldverbriefungen gewöhnlich seien [29]).

An die beiden Vorgenannten schließt sich der Zeit nach zunächst Carpzov an, der sich mit Vermeidung der Fehler Coler's auf dessen Seite stellte und die Streitfrage in der deutschen Praxis zur Entscheidung brachte; denn seit Carpzov wurde allgemein angenommen, daß die Clausel „oder an den getreuen Inhaber" den Besitzer einer Urkunde von dem Beweise der Cession derselben nicht befreie. Gerichte und Juristenfacultäten entschieden in diesem Sinne, und nur wenige vereinzelte Stimmen wurden noch für Cothmann's Ansich-

26) A. a. O. N. 42 u. 43.

27) A. a. O. N. 99.

28) C. 89 N. 17.

29) C. 54 N. 29 u. 137—140. Das sich aus diesem Umstande ergebende Argument gegen seine Theorie sucht er in folgender ergötzlichen Weise zu beseitigen: „Si quis forsitan in instrumento implicite designatus nihilominus de transporto et litteris cessionariis secundum Evangelium, quo jubemur esse prudentes sicut serpentes, sibi prospiciat, hoc praesertim perfido litigioso et exulcerato seculo, is quidem abundanti cautela recte utitur, sed non solent quae abundant scripturas vitiare vel jus aliquod constituere, multoque minus iis, qui velut columbae simpliciores sunt, neque eam cavendi artem tenent, obesse."

ten gehört. Ueber die Art und Weise, wie die deutschen Juristen des 17. und 18. Jahrhunderts auf dieser und jener Seite ihre Ansichten motivirten und limitirten, ist Folgendes hervorzuheben [30]).

Die unserer Ansicht nach erforderliche Unterscheidung zwischen gewöhnlichen Schuldbriefen und solchen, die unter Handelsleuten vorkommen, und nach den bei diesen hergebrachten Gewohnheiten zu beurtheilen sind, findet sich nur bei Lauterbach [31]) und eine Andeutung davon bei Schepff, welche beide in dieser Hinsicht auf Jo. a Sande Bezug nehmen. — Daß nach römischem Recht durch einen Vertrag einem nicht stipulirenden Dritten keine Forderung erworben wer-

30) Zu den bei Duncker Note 31 für die herrschende Ansicht angeführten Schriftstellern können noch hinzugefügt werden: Schrader Tract. feudal. P. VIII. c. 3 n. 6. Lyncker Decis. D. 309. W. A. Lauterbach Disp. de procuratore in rem suam. Th. 41 n. 4—7 (in vol. III. Diss. academ. Disp. 120) Cotta (pr. Ludovici) Diss. de legit. ad causam. §. 27—29 (wird auch unter Ludovici's Namen allegirt) Ludovici Einl. zum Civ.-Proc. Cap. 3. §. 6. Stryk introd. ad prax. forens. c. 9 §. 6. Wernher lectiss. commentat. ad Digesta l. 18 T. 4. §. 17. Gensler Handb. zu Martin's Proceß S. 161 Note 100. — Auszuscheiden aus Duncker's Allegaten sind a Sande und de Cramer. — Gegen die Nothwendigkeit der Cession haben sich, soviel ich finden konnte, nur ausgesprochen: Schepff, pr. Frommann, Disp. de ficta s. quasi traditione Th. 33. Brunnemann Tract. de cess. action. c. 4. n. 79 et 80., Hofacker princ. jur. civ. T. III. §. 1956. — Thibaut verhält sich in der mir vorliegenden 5. Ausgabe seines Systems 1. Band §. 75 blos referirend.

31) L. c. „Nec sufficit produci obligationis instrumentum, licet in illo cuicunque legitimo instrumenti possessori solutio fuerit promissa „allen getreuen Briefinhabern." —— Procurator itaque in rem suam, ut recte constitutus probetur, necesse est et justum titulum et domini mandatum doceri. (Coler. Carpzov.) Inter mercatores consuetudine aliud receptum esse, quod scilicet ex traditione instrumenti, cui clausula illa est adjecta „sive qui hoc feret" —— actionis cessio probetur, testatur Jo. a Sande."

den könne, hat den deutschen Juristen, die auf Coler und Cothmann folgten, keine Scrupel gemacht; sie leiten vielmehr die Nothwendigkeit der Cession aus dem Inhalt unserer Clausel ab, wonach nicht jeder, sondern nur der berechtigte Besitzer der Urkunde zur Geltendmachung der verbrieften Forderung berufen erscheine. Ludovici bezeichnet diese Clausel geradezu als eine leere Formel, zu denjenigen gehörig, „welche nach dem gebräuchlichen Stylo nur fast gewohnheitsweise in die Contracte eingerückt zu werden pflegen, wie solches in allen Contracten täglich vorkomme"; und Mevius bezeugt: „Usus sic interpretatur verbum „getreue Briefsinhaber" quod significet eum, qui titulo justo accepit." Mitunter ist, wie so häufig bei den deutschen Juristen, Schärfe und Entschiedenheit in Durchführung der Ansichten zu vermissen; so hält Schepff die schon von Cothmann aufgestellte Forderung fest, daß der Besitzer Caution leisten müsse, daß später nicht ein Anderer die verbriefte Schuld von Neuem einfordere, und Brunnemann macht nicht nur diese, sondern auch die weiteren Bedingungen, daß der Besitzer keine verdächtige Person sein dürfe, und daß er sich eidlich reinige, daß die lex Anastasiana nicht verletzt worden sei. Ludovici auf der andern Seite, so nachdrücklich er gegen die von Brunnemann für unsere Clausel in Anspruch genommene Bedeutung auftritt, läßt sich dazu herbei, der so limitirten Ansicht desselben schließlich beizupflichten, — eine Nachgiebigkeit, gegen welche Wernher einen erfreulichen Gegensatz bildet [32]).

---

32) A. a. O.: „Cessio facti est, ideoque ab allegante probanda, quam probationem vocant legitimationem ad causam, unde verba: cunctis bonis instrumenti possessoribus „allen getreuen Briefsinhabern" plenam fidem haud faciunt, quoniam incertum est, an agens ex eodem sit justus possessor. Objectionem, quod alioquin ista nullam habeant utilitatem removet Ludovici — — respondens, eadem

Wie aus den allegirten Schriften hervorgeht, wurde die Frage nach der rechtlichen Bedeutung unserer Formel bis ins laufende Jahrhundert hinein in Verbindung mit der römischen Cessionslehre oder mit der processualischen Lehre der legitimatio ad causam abgehandelt; es bleibt noch zu erwähnen, wie sich die Germanisten, wenigstens die hervorragendsten derselben, zu dieser Frage verhalten haben. Weder Runde noch sein Commentator Danz haben die Lehre von den Inhaberpapieren in die systematische Behandlung des deutschen Privatrechts hineingezogen oder sich irgend sonst wo mit den Urkunden, welche den Gegenstand dieser Abhandlung bilden, beschäftigt. Erst Eichhorn hat, irren wir nicht, die Inhaberpapiere in die Darstellung des deutschen Privatrechts aufgenommen, aber er betrachtet dieses Rechtsinstitut augenscheinlich als eine neue Rechtsbildung, indem er nur die Pfandbriefe und die Staatsschuldscheine als Beispiele desselben anführt; mit der in Deutschland althergebrachten Form von Urkunden, die neben dem genannten Gläubiger zugleich auf den getreuen Inhaber lauteten, hat er jenes Institut nicht in Verbindung gebracht, auch in seiner Staats- und Rechtsgeschichte jener Urkunden als einer besonderen deutschrechtlichen Erscheinung nirgends erwähnt. Wäre also, wie Renaud behauptet, in diesen Urkunden das heutige Institut der Inhaberpapiere, nur in anderer Form, schon fertig und vorhanden gewesen, so war wenigstens, selbst bei den gründlichsten Kennern älteren deutschen Rechts, zu Anfang unseres Jahrhunderts das Bewußtsein desselben, ja jede Erinnerung daran vollständig erloschen, — jene Form des Rechtsinstituts war gänzlich verschollen.

---

in mera formula consistere. Opinatur quidem — — possessorem, si fidei sit integrae, ad cautionem rati admitti solere; sed neque hoc facile admittendum est, certe locum non habet de jure."

In den beiden ersten Ausgaben von Eichhorn's Einleitung [33]) sind die Papiere auf den Inhaber noch sehr kurz abgehandelt; in der dritten Ausgabe, nachdem die Schriften von Bender [34]) und Gönner [35]) erschienen waren und jene Lehre eine stets wachsende practische Bedeutung erhalten hatte, sind große Zusätze beigefügt, — Zusätze, die bis zur letzten Ausgabe keine wesentliche Veränderung mehr erlitten haben. Aber weder die zweite Ausgabe von Bender's Schrift, in welcher dieser zuerst unsere alte Form von Schuldverbriefungen zur Sprache brachte, noch Duncker's Aufsatz, den er noch erlebte, haben den großen Germanisten bestimmt, in den späteren, namentlich in der letzten Ausgabe einen Zusammenhang, eine Verwandtschaft jener älteren Urkunden mit den heutigen Inhaberpapieren anzuerkennen; er übergeht Bender's und Duncker's Behauptungen mit Stillschweigen und hat sich auf diese Weise — man lese die Vorrede zur fünften Ausgabe — gegen dieselben erklärt.

Zwei Namen, die allgemeine Verehrung der Juristenwelt in Anspruch nehmen, der größte der neueren Romanisten und der größte der neueren Germanisten, haben also, der Eine ausdrücklich, der Andere stillschweigend, ihr Votum gegen Duncker's Lehre abgegeben.

Wir können nun zu einer näheren Beleuchtung der von Duncker und Renaud aufgestellten Ansichten und der Art

33) Die 5 Ausgaben von Eichhorn's Einl. ins d. Pr.-R. sind 1823, 1825, 1829, 1835 u. 1845 erschienen.

34) Verkehr mit Staatspap., zuerst 1825 als Beil.-Heft zum Arch. f. civ. Praxis ausgegeben; die zweite Ausg. erschien, wie oben erwähnt, 1830.

35) Von Staatsschulden. München 1826.

und Weise, wie sie dieselben zu begründen gesucht haben, übergehen, und wenden uns zunächst zu der Ansicht Duncker's.

Hier sind vorerst zwei von ihm angeführte Urkunden zu erwähnen, Nr. IX und XI, von denen die letztere besonders eine merkwürdige Erscheinung ist, die aber beide nicht geeignet sind, die bis hieher gewonnenen Resultate in Zweifel zu stellen. Wenn nämlich auch in diesen Urkunden, die nur als Hülfsmittel für die Auslegung der von uns erörterten in Betracht kommen können, die Ausdrücke „wer den Brief zeiget" und „wer den Brief inne hat" in solchem Zusammenhang vorkommen, daß an die Nothwendigkeit einer weiteren Legitimation des Inhabers nicht zu denken ist, so kann hiervon doch nicht auf den Sinn unserer Classe von Schuldurkunden geschlossen werden; denn die letzteren schließen, indem sie fast ohne Ausnahme nur denjenigen als berechtigt anerkennen, der die Urkunde mit dem Willen des genannten Gläubigers inne hat, die Zulässigkeit der dort natürlichen Auslegung nothwendig aus.

Ungeachtet des so eben erwähnten Umstandes behauptet Duncker indessen, daß nach dem Sinn unserer Urkunden der Inhaber ohne Nachweisung der Uebertragung als Nachfolger des genannten Gläubigers habe angesehen werden sollen; die Begründung dieser — man darf sie so nennen — auffallenden Behauptung giebt ee in folgenden wenigen Worten [36]:

„Hätte man in dem letzten Falle — wo nicht der Inhaber ohne Zusatz, sondern derjenige, der die Urkunde mit des Gläubigers Willen inne hat, genannt ist — noch den Beweis der Uebertragung verlangen wollen, so wäre die Anführung des Inhabers in der Urkunde ganz be-

36) S. 39 unten. Dieß ist der Schlußstein seiner ganzen Darstellung.

deutungslos; daher wird auch in den Urkunden XII und XIII abwechselnd auf den Inhaber und den getreuen Inhaber hingewiesen."

Wir begegnen also hier wieder dem alten Argument Cothmann's (oben Note 25), welches an einer früheren Stelle gewürdigt worden ist. Der Fehler, welchen Duncker auf diese Weise vermeiden will, der Fehler nämlich, ein Wort der Urkunde als bedeutungslos zu behandeln, wird bei unserer Auslegung gar nicht, bei der seinigen aber in der gewaltsamsten Weise begangen. Nach unserer Auslegung enthalten die Urkunden, indem sie die auf den Inhaber lautende Clausel aufnehmen, zwar etwas Ueberflüssiges; aber überflüssige Clauseln finden sich in den weitschweifigen Formularen des 15. und 16. Jahrhunderts in solcher Menge, daß man sich über eine einzelne derselben nicht wundern darf. Duncker macht ja selbst auf eine häufig vorkommende Vertragsclausel aufmerksam, die etwas sich von selbst Verstehendes bestimmt[37]).

Duncker schließt seinen Rückblick auf das ältere deutsche Recht mit der Behauptung, daß die diesem angehörige Ansicht auch für das heutige Recht geltend zu machen sei, und bestimmt jene Ansicht des älteren Rechts näher dahin, „daß der Inhaber einer solchen Urkunde, wofern die Fassung derselben nicht entgegen sei, als Cessionar anzusehen und durch den Besitz der Urkunde allein hinreichend legitimirt sei, bis gegen ihn der Beweis des widerrechtlichen Erwerbs erbracht werde"; auf diese Ansicht soll, wie er behauptet, die Natur des ganzen Verhältnisses hinführen[38]).

Die der Gegenwart angehörigen Urkunden der erwähnten Art sind im Eingang von unserer Erörterung ausgeschlossen

---

37) S. 38, mit Bezug auf die Urk. in Note 16.

38) S. 44. Der Schluß von §. 3.

worden; wir beschäftigen uns nur mit den dort erwähnten alten oder in alter Form abgefaßten Gült- und Pfandverschreibungen. Da aber Duncker dasjenige, was er als Recht des 14. und 15. Jahrhunderts gefunden zu haben glaubt, als gegenwärtig noch gültiges Recht betrachtet, so hält er dasselbe natürlich auch für anwendbar bei der Beurtheilung von Urkunden des 16. bis 18. Jahrhunderts. Ob er nun eine Fassung, wie sie die im Anhang mitgetheilten Uekunden aus dieser Zeit (Nr. 5 — 10) enthalten, als der Anwendung jener Grundsätze entgegenstehend betrachtet, muß dahin gestellt bleiben; doch darf wohl vermuthet werden, daß er darin ein Hinderniß für die Anwendung derselben nicht erblicken wird. Wir unsererseits müssen, selbst wenn seine Ansicht für das 14. und 15. Jahrhundert die richtige wäre, eine Anwendung derselben auf die in einer späteren Zeit entstandenen Urkunden nicht blos als sehr bedenklich, sondern vom 17. Jahrhundert an geradezu als unzuläßig betrachten. Denn wenn, wie Duncker selbst anführt, schon die römisch gebildeten Juristen des 16. Jahrhunderts die einfachen Regeln des älteren Rechts nicht mehr anerkannt haben; wenn gar, wie er weiter anerkennt, bei den späteren Juristen vom 17. Jahrhundert an die Ansicht herrschend geworden ist, daß der Inhaber einer solchen Urkunde, wenn in derselben der getreue Inhaber angeführt ist, die Cession derselben beweisen müsse; wenn also von Anfang des 17. Jahrhunderts an bei den deutschen Juristen jedenfalls eine gänzliche Umwandlung der alten Anschauungsweise Statt gefunden hat: — wie kann es unter solchen Umständen erlaubt sein, die unter der Herrschaft der neueren Ansicht erst errichteten Urkunden nach einer alten damals schon abgestorbenen Ansicht zu beurtheilen? Rechtsgeschäfte und Urkunden über Rechtsgeschäfte müssen doch aus der Zeit ihrer Entstehung, aus den Vorstellungen und dem Sprach-

gebrauch dieser Zeit beurtheilt werden, und wenn in dieser Zeit einer üblichen Formel, sei es auch aus Mißverständniß ihrer ursprünglichen Bedeutung, ein gewisser Sinn, ja wenn ihr gar keine Bedeutung mehr beigelegt wird, so ist diese Auffassung entscheidend, nicht aber, was ein Paar hundert Jahre früher dabei gedacht worden sein mag. Ein Verfahren, wie es Duncker auf unsere Urkunden anwenden will, würde generalisirt zu einer völligen Verneinung unsers heutigen Rechtszustandes führen.

Vorstehendes gilt denn auch gegen die ähnliche Ansicht Renaud's und deren Begründung; die Behauptung desselben[39]): „da es feststehe, daß die Ausstellung der erwähnten Schuldscheine im Gebrauch geblieben sei, nachdem das römische Recht längst recipirt war, so sei anzunehmen, daß die Erwähnung des Inhabers keineswegs zu einer bedeutungslosen Form herabgesunken, daß vielmehr die fraglichen Papiere auch nach Aufnahme des fremden Rechts ihre frühere Bedeutung behalten hätten", wird geradezu umgekehrt werden müssen, wenn jene Bedeutung auch ursprünglich ihre Richtigkeit gehabt hätte.

Aber die von Renaud unserer Form von Schuldverbriefungen beigelegte Bedeutung kann auch nicht als ursprünglich richtig anerkannt werden; alle Gründe, die gegen Duncker's Ansicht gelten, sprechen um so mehr gegen Renaud's viel weiter gehende Darstellung. Indessen hat er dieselbe auf eine eigenthümliche Weise zu begründen gesucht, mit der wir uns nun zu beschäftigen haben.

Schon im Eingang wurde erwähnt, daß Renaud die alten Schuldbriefe, welche den Gegenstand dieser Abhandlung

39) A. a. O. S. 321.

bilden, als dem Wesen nach mit den heutigen lediglich auf den Inhaber gestellten Papieren gleichbedeutend, — als eine ältere, größtentheils, wenn auch nicht ganz außer Gebrauch gekommene Form dieser Papiere betrachtet, ausgestattet mit den eigenthümlichen Wirkungen der letzteren: Legitimation des Besitzers durch den Besitz, und Ausschluß der Einreden aus der Person der Vormänner. Auf die Erreichung dieser Wirkungen soll die Absicht der Contrahenten bei Ausstellung jener alten Schuldbriefe gerichtet gewesen sein.

Bis ins zweite Jahrzehent unsers Jahrhunderts hat nun zwar, wie wir oben sahen, dieses alte Institut der Inhaberpapiere nur ein verborgenes Dasein geführt; es war jede Kunde davon verschollen, und erst nachdem die heutigen Inhaberpapiere angefangen hatten, die Juristen zu beschäftigen, wollte man die Entdeckung machen, die Sache sei längst da gewesen. Das wäre indeß nur auffallend, aber immerhin möglich; doch müßten, wenn wir so Unwahrscheinliches glauben sollen, besonders starke Beweise dafür beigebracht werden.

Es ist daher schon ominös, wenn Renaud eine bloße Hypothese an die Spitze seiner Deduction stellt, eine Hypothese, die er freilich als eine historische Thatsache vorträgt, die aber nichts weiter als eine Vermuthung und obendrein eine an innerem Widerspruch leidende Vermuthung ist. Es soll sich nämlich — so sagt uns Renaud[40]) — in der Zeit eines noch wenig entwickelten Verkehrs das practische Bedürfniß gezeigt haben, gewissen Forderungen die Eigenschaft einer erleichterten Veräußerlichkeit beizulegen; hauptsächlich soll sich dieß Bedürfniß bei den unablöslichen Renten gezeigt haben, wo der Rentenkäufer nur durch Uebertragung seines Rentenrechts wieder zu seinem Capital habe gelangen

40) S. 316.

können, und wo man — was keiner Ausführung bedürfe — mit einer verkaufsweise Statt findenden Cession nicht ausgereicht habe. Um diesem Bedürfniß zu genügen, hätten — wird angenommen — die vertragenden Parteien bestimmt, einmal: „daß der Gläubiger das Recht des freien Uebertrags seiner Forderung, d. h. das Recht unter eigenem völligen Austreten aus dem obligatorischen Verhältnisse einen andern zum Creditor zu machen, haben solle“; zum Andern: „daß dieses Resultat durch die bloße Uebergabe des Schuldscheins, und nur mittelst dieser, solle erreicht werden können.“ —

In den Zeiten eines gesteigerten Verkehrs ist man im vorigen Jahrhundert zur Schaffung von Schuldscheinen, welche diese Eigenthümlichkeiten an sich tragen, gekommen, und diese Papiere haben im gegenwärtigen Jahrhundert wegen des sich fortwährend steigernden Verkehrs eine ungeheure Verbreitung erhalten; aber wie man in den Zeiten eines wenig entwickelten Verkehrs, in Zeiten also, wo solche Gültverschreibungen Jahrhunderte lang vom Vater auf den Sohn vererbten, ein Bedürfniß nach solchen Einrichtungen hätte fühlen sollen, ist nicht einzusehen. Bei den nur seltenen Fällen von Uebertragungen konnte, sollte man denken, das Unbequeme der Uebertragungsform der Cession wenig empfunden werden. Belege dafür, daß ein anderes Bedürfniß sei empfunden worden, sind nicht beigebracht worden; aber wozu auch? es bedarf keiner Ausführung.

Von dieser unerwiesenen und unerweislichen Voraussetzung aus interpretirt nun Renaud unsere alten Gült- und Pfandverschreibungen. Um dieser Auslegung folgen zu können, ist jedoch vorerst anzuführen, wie er sich das Verhältniß des Besitzers der Urkunde einerseits zu dem Schuldner, andererseits zu dem genannten Gläubiger — dem Vormann, — und wie er sich die Rechtsbeziehungen der beiden letzteren construirt hat.

Die Ansichten, die er hierüber im Fortgang seiner Abhandlung an verschiedenen Stellen[41]) entwickelt, und die gleichmäßig für die heutigen Inhaberpapiere wie für jene ältere Form derselben gelten sollen, lassen sich folgendermaßen zusammenfassen. Nicht jeder künftige Inhaber des Papieres — nimmt er an — solle Gläubiger sein, sondern nur derjenige, der es mit des ersten Erwerbers oder dessen Rechtsnachfolger Willen besitzen würde; der Eigenthümer des Schuldscheins sei allein der wahre Gläubiger. Aber mit der Eigenschaft des Gläubigers falle die Legitimation zur Erhebung resp. Einklagung keineswegs nothwendig zusammen, es gehe vielmehr die Absicht der Contrahenten dahin, daß der Inhaber als vermutheter Eigenthümer zur Erhebung und Einklagung legitimirt angesehen werden solle, so daß dem Schuldner nicht einmal der Beweis der Nichtberechtigung gestattet sei, das Eigenthum des wahren Gläubigers sich vielmehr nur in den Rechtsmitteln äußere, welche demselben zur Erlangung des verlorenen Besitzes und zur Verhinderung der Zahlung an den unberechtigten Inhaber gegeben seien[42]). — Deßhalb nun, weil die Absicht des ersten Gläubigers der Natur der Sache nach nur die habe sein können, daß lediglich derjenige Briefsinhaber statt seiner Gläubiger werden solle, welcher unmittelbar oder mittelbar das Papier von ihm und zwar zu diesem Zweck erhalten werde, legten — nimmt Renaud an — viele

41) S. 317. 319. 320. 330. 331. 338—342.

42) Eine Kritik dieser Theorie Renaud's findet sich bei Unger, Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere. Leip. 1857. S. 36 ff., wo derselben Inconsequenz nachgewiesen wird. Hier ist nur insoweit auf dieselbe einzugehen, als die uns vorliegende Frage dadurch berührt wird.

Schuldurkunden ausdrücklich demjenigen Briefsinhaber die Rechte des ursprünglichen Gläubigers und seiner Erben bei, der den Brief „mit ihrem Willen" u. s. w. innehaben werde. Diese Formel soll sich selbst da von selbst verstehen, wo von dem Inhaber ohne Zusatz die Rede ist; sie soll aber, wie wir sahen, in dem Verhältniß des Inhabers zu dem Schuldner keine Bedeutung haben, so daß also doch am Ende, wie bei Duncker, der getreue Inhaber zum Inhaber schlechthin herabgedrückt, nicht dieser zu jenem erhoben wird.

Mit dem Inhalt unserer Urkunden läßt sich aber eine solche geschraubte Auslegung offenbar nicht in Einklang bringen; die klaren Worte derselben sagen, daß der Schuldner nur an den genannten Gläubiger, oder an denjenigen zahlen will und soll, der den Brief von dem Gläubiger zu diesem Zweck erhalten hat; nirgends sagen sie aber, daß er an jeden Vorzeiger, habe dieser die Urkunde wie immer erhalten, zahlen dürfe. An einen Anderen als den sich legitimirenden Inhaber braucht also der Schuldner nicht zu zahlen, weil er sich dazu nicht verpflichtet hat, und weil wie Pufendorf [43]) uns sagt „multum debitoris interest, ut solvendo liberetur, nec eveniat ut iterum solvere cogatur"; ja er darf an keinen Andern zahlen. Das „practische Bedürfniß," von welchem Renaud bei der Annahme des Gegentheils ausgeht [44]), setzt als ausgemacht voraus, daß die Contrahenten eine erleichterte Veräußerlichkeit der Forderung beabsichtigt haben, daß deshalb der dritte Erwerber, damit er nicht Anstand nehme, die Forderung zu kaufen, der Nothwendigkeit einer weiteren Legitimation habe überhoben werden sollen, — kurz, daß

43) Obser. jur. univ. T. IV. O. 218.

44) S. 340.

man Inhaberpapiere im heutigen Sinn haben und schaffen wollte. Aber das sind lauter unerwiesene und unerweisliche Dinge. —

Zur vollständigen Beleuchtung der Ansichten Renaud's gehört noch die Betrachtung der anderen Seite derselben, nämlich der Behauptung, daß durch unsere Urkunden nach dem Willen der Contrahenten im Fall der Uebertragung der Forderung die Einreden aus der Person des Vormanns hätten ausgeschlossen, oder daß, nach dem von Renaud für dieses Verhältniß gewählten Ausdruck „dem Gläubiger das Recht des freien Uebertrags seiner Forderung, der Veräußerung derselben unter völligem Austritt aus dem obligatorischen Verhältniß habe gestattet sein sollen." Es soll hierfür der mitunter in den Urkunden vorkommende Ausdruck sprechen, daß der Inhaber die in dem Briefe verschriebenen Rechte haben solle „als ganzleich als sie (der N. N. und seine Erben) selbe" [45]). In vielen Urkunden fehlen aber dergleichen Clauseln ganz, es kann ihnen also keine besondere Bedeutung beigelegt worden sein; auch lassen sie sich in der That mit der Annahme, daß der Uebergang der Forderung durch eine gewöhnliche Cession und mit den Wirkungen der Cession Statt finden solle, ganz wohl vereinigen. Ueberhaupt stellt sich die Art und Weise, wie Renaud den Ausschluß der Einreden aus der Person des Vormannes bei den Inhaberpapieren zu erklären sucht, der Unterschied zwischen einer Singularsuccession in das Forderungsrecht und einer Cession desselben, den er

45) Duncker S. 34. Urk. Nr. VIII (womit die Note 11 zu vergleichen) und Nr. XIII; in den Nr. III, IV und VI kommen andere, jedoch ähnliche Ausdrücke vor, eben so in Nr. 1 des Anhangs, während die übrigen hier mitgetheilten Urkunden nichts der Art enthalten.

dabei zu Grunde legt, als eine unhaltbare Idee dar, wie dieß schon anderwärts nachgewiesen worden ist [46]). —

Zur Unterstützung der Ansicht, daß nach dem Sinn der uns beschäftigenden Urkunden dem Briefsinhaber Einreden aus der Person des ersten Gläubigers nicht hätten entgegengesetzt werden können, beruft sich Renand [47]) noch darauf, daß sich diese Ansicht auch nach Verbreitung des römischen Rechts bei vielen Juristen erhalten habe — indem er statt aller den einzigen Damhouder nennt, — sowie darauf, daß auch das Geldernsche Landrecht von 1619 diesen Grundsatz aufstelle. Wir wollen nicht unterlassen, unserm Vorgänger auch auf dieses Feld zu folgen, und haben uns zunächst mit Damhouder zu beschäftigen, welcher schon von Bender [48]) ganz in derselben Weise, wie Renaud es thut, als Hauptstütze für das von ihm zuerst behauptete frühe Vorkommen der Inhaberpapiere vorgeführt worden ist, weßhalb es um so mehr geboten erscheint, die Bedeutung dieses Allegats auf ihr richtiges Maaß zurückzuführen.

Es ist vorerst daran zu erinnern, daß wir es bei Damhouder mit den oben erwähnten kaufmännischen Schuldpapieren zu thun haben, hinsichtlich deren im Allgemeinen zuzugeben ist, daß dadurch eine leichtere Uebertragbarkeit der Forderung bezweckt wurde, und daß dem Inhaber nach dem Gewohnheitsrecht, wenn nicht ein selbständiges Klagrecht, doch wenigstens die Stellung eines vermutheten Mandatars zur Einklagung der Forderung zugeschrieben wurde, wobei jedoch die Ansichten der Juristen im Einzelnen vielfach auseinandergingen. Damhouder beschäftigt sich mit den seiner Ansicht

46) Unger a. a. O. S. 41—43.
47) S. 320 und 321.
48) A. a. O. S. 167.

nach von dem Antwerpner Gewohnheitsrecht, insbesondere dem dortigen Handelsbrauch hinsichtlich dieser Schuldscheine angenommenen Grundsätzen [49]). Er legt dabei Gewicht darauf, wie die in dem Schuldbrief enthaltene auf den Bringer hinweisende Formel lautet, daß nämlich die „schedula simpliciter contineat „vel harum allatori“ sine ampliori additamento“ [50]); er betrachtet also die sonst gewöhnlichen ähnlichen, aber auf einen justum titulum des Inhabers hinweisenden Formeln nicht als mit dieser Formel gleichbedeutend und gleiche Wirkungen hervorbringend. Solche andere Formeln kamen auch in den Niederlanden vor, namentlich die des „wettigen toonder deses“ (des legitimus exhibitor), über welche sich Ulr. Huber [51]) ganz in derselben Weise äußert, wie die deutschen Juristen über die in Deutschland übliche Formel des „getreuen Inhabers.“ Jener besonderen Formel nun legt Damhouder die Wirkung bei, daß der Bringer keine Vollmacht des genannten Gläubigers beizubringen, überhaupt sich nicht dar-

49) Wenigstens geht Thuldänus in seinen Anmerkungen hiervon aus, während Damhouder selbst es mehr errathen läßt, als ausspricht. — Es ist übrigens auffallend, daß weder diese beiden Schriftsteller, noch der alsbald zu erwähnende Elb. Leoninus auf das bei Mittermaier (a. a. O. 1. Band §. 43. Note 5) angeführte Antwerpener Stadtrecht von 1581 Bezug nehmen. Da ich mir das letztere leider nicht habe verschaffen können, so kann ich nicht sagen, ob es — gleich dem Geldernschen L. R. — Bestimmungen über diese Gattung von Schuldscheinen enthält, möchte es aber für wahrscheinlich halten. Die Nichterwähnung dieser Bestimmungen läßt sich bei Damhouder und Leoninus vielleicht blos aus der Zeitfolge erklären; bei Thuldänus würde diese Erklärung freilich nicht zutreffen.

50) Praxis rer. civ. c. 133. n. 3.

51) Praelect. ad Pand. lib. 17. T. 1. §. 5.

über auszuweisen habe, auf welche Art er zu der Handschrift gekommen; durch bloße Berufung auf den Besitz der Urkunde kann der Bringer alle von dem Schuldner gegen seine Legitimation gerichteten Einwendungen niederschlagen. Aber auch nur diese; nirgends sagt Damhouder, daß er sich auch die auf den Bestand oder Fortbestand des Forderungsrechts sich beziehenden Einreden nicht gefallen zu lassen brauche, und diese sind es doch gerade, um welche es sich handelt. Man kann daher nicht sagen, daß Damhouder dem Bringer ein — im Sinne Renaud's — selbständiges Forderungsrecht beilege; dagegen scheint er ihm insofern ein selbständiges Recht an der Forderung zuzuschreiben, daß er ihn als vermutheten Cessionar betrachtet [52]. Sein Verhältniß zu dem genannten Gläubiger oder dessen Erben aber, die in dem Rechtsstreit des Inhabers gegen den Schuldner als Intervenienten auftreten können, bestimmt Damhouder dahin, daß ihm „si fortassis suspicio esset, ipsum allatorem eas litteras non juste impetrasse“, der Beweis obliege, „quomodo eas litteras habuisset ac impetrasset“, sonst aber jene zu beweisen hätten, „ipsum non justo titulo has impetrasse litteras.“

Dieß ist also Damhouder's Ansicht über den Antwerpener Handelsbrauch; aber es geht aus den Annotationen von Thuldänus [53] hervor, daß diese Ansicht von andern gleichzeitigen Juristen nicht unbedingt getheilt wurde. Diese Juristen erkennen nämlich, indem sie sich theilweise auf die Rechtsprechung des Obergerichts zu Mecheln stützen, nur dann

52) Wenn Damhouder von Duncker (S. 41 Note 22 vergl. mit dem Text) zu denjenigen Juristen gezählt wird, die den Inhaber nur als einen vermutheten Mandatar des genannten Gläubigers betrachten, so scheint mir dieses nicht richtig zu sein.

53) Zu Damhouder Cap. 97 Note b.

ein eigenes Klagrecht des Inhabers an, wann ein justus titulus hinzukomme; dann könne er ohne Cession — soll wohl sagen „ohne besondere Cessionsurkunde“ — auf eigenen Namen klagen, sonst aber nur als vermutheter Mandatar des Gläubigers auftreten, in welcher Eigenschaft ihm dann auch kein unbedingtes Dispositionsrecht über die Forderung zugeschrieben wird [54]).

Ausdrücklich wird hierbei zugleich hervorgehoben, daß die in Frage stehende Clausel nur in Bezug auf die Einforderung der Schuld — also auf den Legitimationspunct — von Bedeutung, in Bezug auf die ursprüngliche Gültigkeit der Forderung aber ohne allen Einfluß sei. Es wird also immer eine gültig begründete Forderung vorausgesetzt, und Mängel, die in dieser Hinsicht vorliegen, können durch jene Clausel nicht gedeckt werden; die Einreden aus der Person des Vormannes sind also, ganz im Gegensatz von demjenigen, was für die heutigen Inhaberpapiere anzunehmen ist, in dieser Hinsicht keineswegs ausgeschlossen.

Unter den Juristen, auf welche Thuldänus Bezug nimmt, ist besonders Elbertus Leoninus [55]) hervorzuheben, der sich über die Bedeutung der Clausel „eive qui feret“ in zwei interessanten Gutachten [56]) ausgesprochen hat. In beiden handelt es sich um die Gültigkeit einer in der Mitte liegenden Uebertragung eines mit dieser Clausel versehenen Schuldscheins, die aus mehrfachen Gründen verneint

54) A. a. O. Note c.

55) Ein Jurist und Staatsmann vom höchsten Ansehen, „vir accuratissimi judicii, Geldriae quondam Cancellarius“, wie ihn Jo. a Sande bezeichnet. Er war ein Zeitgenosse Damhouder's und starb 1598; seine Consilia erschienen zum ersten Mal 1584 im Druck.

56) C. 13 und 92.

wird. Dabei ist zwar jedes Mal besonderes Gewicht darauf gelegt, daß sich der Inhaber in mala fide befinde, nebenbei werden jedoch auch Gründe geltend gemacht, welche zeigen, wie entfernt der Verfasser von der nach Renaud von „vielen Juristen" anerkannten Ansicht war, daß dem Briefsinhaber Einreden aus der Person des ersten Gläubigers nicht entgegengesetzt werden könnten. Im ersten Fall wird gegen die Gültigkeit der von einem früheren Besitzer der Urkunde bewirkten Uebertragung derselben unter Anderem geltend gemacht, daß solche vor sich gegangen, nachdem der genannte Gläubiger mit dem Schuldner eine Novation eingegangen, und hierdurch die in dem Schuldbriefe enthaltene Obligation erloschen gewesen sei; im zweiten Fall wird Gewicht darauf gelegt, daß die Schuld ursprünglich ungültig sei, und eine andere gegen den Vormann begründete Einrede zugelassen, „cum plus juris habere nequeat quam auctori suo competit, et exceptio quae contra auctorem competebat, etiam contra cessionarium recte proponi possit, sive in compensatione, sive in liquidatione, sive in alio genere defensionis versetur."

Man darf daher wohl fragen, welche die vielen Juristen sind, die sich in der von Renaud behaupteten Weise ausgesprochen haben, besonders wenn man dasjenige hinzunimmt, was bei Duncker als Ansicht der gleichzeitigen Juristen zusammengestellt ist[57]).

57) A. a. O. S. 41 und 42. Mit Unrecht nimmt Duncker übrigens an, es sei allgemeine Meinung der älteren Juristen gewesen, daß der Inhaber nur als vermutheter Mandatar des genannten Gläubigers zur Klage zugelassen werden könne. Daß Damhouder a. M. sei, ist schon oben erwähnt worden. Aehnlich wie dieser lehrt Gudelinus a. a. O. (s. oben Note 15), daß der Inhaber eines mit der Clausel „eive qui feret" versehenen Scheins

Indem wir nun zu dem Geldernschen Landrecht[58]) übergehen, — einem Niederländischen Gesetzbuch, das in dem heutigen Deutschland nur in einem kleinen Winkel der preußischen Rheinprovinz gilt — haben wir unsere Ausführung weniger gegen Renaud als gegen Maurenbrecher zu richten; denn dieser hat zuerst auf die hier eingreifenden Stellen jenes Landrechts aufmerksam gemacht, ja die älteste und vollständigste Gesetzgebung über Inhaberpapiere in demselben finden wollen[59]). Aber dieser verdienstvolle Schriftsteller hat sich hier einem unerklärlichen Irrthum hingegeben; berücksichtigt man die betreffenden Bestimmungen des Geldernschen Landrechts vollständig und nicht, wie es bisher üblich war, nur fragmentarisch[60]), so findet man, daß sie die in dieselben hineingelegten Grundsätze, — daß nämlich der Inhaber des mit der Clausel „oder an den Bringer" versehenen Papiers als selbständiger Gläubiger, mit Zurückweisung aller aus der Person des genannten Gläubigers herrührenden Einreden Zahlung fordern könne, — keineswegs enthalten.

Allerdings betrachtet dieses Landrecht den Inhaber als selbstberechtigt, nicht blos als vermutheten Mandatar des genannten Gläubigers, und stellt den Grundsatz auf, daß er in der Regel außer dem Besitz der Urkunde keiner weiteren

---

als vermutheter Cessionar zu betrachten sei, wenn ihm nicht ein mala fide erworbener Besitz nachgewiesen werde, und daß ihm in dieser Eigenschaft volle Dispositionsbefugniß über die Forderung zustehe.

58) In Maurenbrecher's Rheinpreuß. Landrechten 2. Band S. 465 ff.

59) Maurenbrecher, Lehrb. des gem. d. Rechts 1. Ausg. §. 323 Note 5.

60) Das. a. a. O. §. 325 und 325[a]; sodann Duncker S. 46 Note 43. Letzterer führt zwar eben so wie Renaud die in Frage kommenden Stellen vollständig an, berücksichtigt sie aber nicht vollständig.

Legitimation bedürfe; er fügt aber eine Modification bei, die aus der von einem Theil der gleichzeitigen Juristen gehegten Ansicht hervorgegangen ist, daß nicht besondere Verdachtsgründe gegen die Rechtlichkeit des Besitzes vorliegen dürften, — einer Ansicht, der wir oben auch bei Damhouder begegneten. Sind solche Verdachtsgründe vorhanden, so kann der Richter nach dem Geldernschen Landrecht allerdings besondere Legitimation von dem Inhaber verlangen [61]).

Was sodann die uns zunächst interessirende Frage der Zulässigkeit der Einreden aus der Person des Vormanns betrifft, so nimmt unser Landrecht zwar anfangs einen gewaltigen Anlauf und scheint diese Einreden unbedingt ausschließen zu wollen; aber nicht allein fügt es alsbald die — mit der Regel noch vereinbare — Ausnahme hinzu: „es hätte denn der Schuldner dieselben gegen den Gläubiger schon vor Uebergabe der Obligation bei Gericht geltend gemacht" [62]), sondern es geht noch einen Schritt weiter zurück, und bestimmt, daß der Schuldner, möge der Inhaber blos als solcher auftreten, oder sich durch eine besondere Cessionsurkunde legitimiren, sich derartiger Einreden auch dann bedienen könne, „wenn er beweise, daß er vor Datum der ihm gegebenen Nachricht von der Uebernahme der Obligation die Schuld an den früheren Creditor bezahlt, oder daß er sich durch Compensation oder sonstwie derselben entledigt hätte" [63]). Die Frage von der Zulässigkeit der Einreden ist

61) Th. 4 Tit. 2 §. 2 Nr. 5 a. E: „ten waere saecke dat den Richter uyt merckelicke Redenen, strydende tegens den brenger's Briefs, bevonde't selve alsoo te behooren."

62) Das. Tit. 9 Nr. 22 a. E: „ten waere dat der Schuldenaer hem daer mede tegens den Crediteur voor de overgevinge van de Obligatie in Rechte hadde beholpen."

63) Das. Nr. 23: „Oock al en hadde den Schuldenaer't selve

also ganz nach den Grundsätzen geordnet, die das römische Recht für die Cession aufstellt; wenn daher das Landrecht den Inhaber als selbständigen Gläubiger (vornaemste geloofhebber) bezeichnet, so kann dieß keinen Gegensatz gegen den Cessionar, sondern nur gegen den Mandatar des genannten Gläubigers bedeuten, was auch sogar wörtlich ausgedrückt ist[64]).

Uebrigens drängt sich hinsichtlich der Bestimmungen des Geldernschen Landrechts von selbst die Bemerkung auf, daß sie eine Variaiton und Codification des Niederländischen Gewohnheitsrechts in Betreff der vorzugsweise unter Handelsleuten vorkommenden, mit der Clausel „oder an den Bringer" versehenen Schuldbriefe sind; freilich sind diese hier nicht als ein auf Handelsleute beschränktes Rechtsinstitut dargestellt. Dieses Rechtsinstitut liegt aber, wie oben nachgewiesen wurde, der in Deutschland gewöhnlichen, die Clausel „oder an den getreuen Inhaber" enthaltenden Form von Gült- und Schuldverschreibungen, welche den Gegenstand unserer Untersuchung bilden, nicht zu Grunde; vielmehr sind letztere nach anderen Grundsätzen zu beurtheilen, und weder das Antwerpner Ge-

---

in Recht niet gedaen, soo solde hy nochtans hem dar mede tegens den brenger des Briefs mogen behelpen, als hy konde doen blycken dat hy voor dato van de weete aen hem gedaen, van't overnemen van de Obligatie die scholt aen den voorgaenden Crediteur hadde betaelt, oft dat hy hem selven by Compensatie oft andersints daer oft hadde ontlast."

Nr. 24: „Insgelycken so wanneer jemandt als Transport hebbende van eene Actie ofte Obligatie, inhaeldende de Clausule, Brenger's Briefs, daer uyt in sijnen eygen naem, ende tot syn eygen behoeve komt eysschen, die en is nit gehalden toe te laten eenighe Exceptie van betaelinge, compensatie ofte andere dergelycke: ten waere dat die gedaen oft te werck gestelt waeren voor dato van de weete van den Transport, als voor."

64) Das. Tit. 2 §. 2 Nr. 4 a. E.

wohnheitsrecht noch das Geldernsche Landrecht bieten für diese Beurtheilung vergleichende Anhaltspuncte dar. Aber da nach diesen Rechtsquellen selbst in jenen Schuldscheinen die Eigenthümlichkeiten der heutigen Inhaberpapiere nicht ausgebildet sind, dieselben vielmehr nur als eine schwache Andeutung, als Anfänge unseres modernen Rechtsinstituts erscheinen, so liefern gerade sie die stärksten Beweisgründe gegen die Theorie Renaud's, als deren Stütze sie geltend gemacht werden sollten.

In dem Bisherigen ist die Bedeutung der in unsern Gült- und Pfandverschreibungen vorkommenden Clausel „oder an den getreuen Inhaber" aus dem Wortlaut dieser Clausel, und aus den damit unmittelbar in Verbindung stehenden Stellen der Urkunden erörtert worden; wir haben ferner die von Duncker und Renaud für ihre Auslegungen angeführten Gründe aus sich selbst zu widerlegen gesucht. Es bleibt jetzt noch der übrige mit der erwähnten Clausel nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehende Inhalt der Urkunden zu betrachten. Hat man, wie Renaud behauptet, bei Errichtung dieser Urkunden den Zweck verfolgt, die Uebertragbarkeit der dadurch verbrieften Forderungen zu erleichtern; hat man diesen Zweck dadurch erreichen wollen, daß der Inhaber einer solchen Urkunde ohne weitere Nachweisung seiner Berechtigung die Forderung sollte geltend machen können, und daß ihm der Schuldner Einreden aus der Person seiner Vormänner nicht sollte entgegensetzen dürfen; hat man, mit einem Worte, Inhaberpapiere im heutigen Sinn errichten wollen: so dürfen die Urkunden natürlich keine mit dieser Absicht im Widerspruch ste-

hende Bestimmungen enthalten. Geht man indessen näher auf den Inhalt der Urkunden ein, so finden sich darin in der That mehrere mit dieser Absicht entweder ganz unvereinbare oder doch schwer zu vereinigende Bestimmungen; wir rechnen dahin folgende:

1) die in den älteren Urkunden gewöhnliche, mitunter auch in die neueren übergegangne Zusage, daß die jährliche Gülte oder die jährlich zu entrichtenden Zinsen des dargeliehenen Capitals, an den Gläubiger oder den getreuen Inhaber „gegen geziemende" oder „gegen gewöhnliche Quittung" bezahlt werden sollen; — Nr. 1 bis 5, und Nr. 10 des Anhangs. —

2) das dem Schuldner überall vorbehaltene, meist an vierteljährige oder halbjährige vorherige Aufkündigung gebundene Recht des Rückkaufs der verkauften Gülte, oder der Wiederabtragung des Capitals; — in allen Urkunden des Anhangs. —

3) die in den älteren Urkunden meistens enthaltene Bestimmung, daß die Gültverschreibung nach Wiedererstattung des Kaufschillings ungültig sein solle, selbst, wie mitunter beigefügt wird, wenn sie nicht sollte zurückgegeben werden können, in welchem Fall die Quittung über die geschehene Wiedererstattung genügen soll; — Nr. 1, 2 und 4 des Anhangs. —

4) die Zusage des Schuldners, dem Gläubiger oder Inhaber im Falle der Beschädigung, Vernichtung, oder des Verlusts der Verschreibung eine neue Ausfertigung derselben ertheilen zu wollen; Nr. 4, 5 und 10 des Anhangs.

Wir lassen einige Bemerkungen zu den hervorgehobenen Vertragsbestimmungen folgen.

Zu 1). Wären unsere Urkunden Inhaberpapiere, so hätten die jährlichen Gült- oder Zinsenzahlungen auf ihnen

selbst abgeschrieben werden müssen; so würde es die Sicherung des Schuldners gegen nochmalige Zahlung erfordert haben. Die Zahlung gegen eine gewöhnliche Quittung des Gläubigers oder Briefsinhabers gewährt diese Sicherheit nicht; denn es gilt ja bei Inhaberpapieren im Allgemeinen der Grundsatz, daß der Schuldner mit Einreden aus der Person des Vormanns des jeweiligen Inhabers nicht gehört wird, und auf Einführung dieses Grundsatzes soll nach Renaud bei unsern Urkunden recht eigentlich die Absicht der Contrahenten gerichtet gewesen sein. Die Zahlung an einen früheren Besitzer des Inhaberpapiers kann daher dem späteren Besitzer desselben nicht entgegengesetzt werden, den einzigen Fall ausgenommen, wenn dieselbe auf dem Papier angemerkt worden ist[65]. Man hat deßhalb nach dem Aufkommen der heutigen Inhaberpapiere, und der Anwendung derselben auf voraussichtlich lange Zeit stehen bleibende verzinsliche Geldschulden, die Einrichtung getroffen, die Zinsenschuld von dem Capitalbrief ganz zu trennen, und über die einzelnen Zinsentermine besondere Schuldscheine, — Zinsencoupons — auszustellen[66], um die Nothwendigkeit der jedesmaligen Vorlegung des Capitalbriefs zum Zweck der Abschreibung der Zinsenzahlungen zu vermeiden. Dieses läßt sich namentlich bei den seit dem J. 1769 in den östlichen Provinzen des Preußischen Staats eingeführten s. g. Pfandbriefen nachweisen. Ursprünglich mußten die bezahlten Jahreszinsen jedesmal auf dem Pfandbrief abgeschrieben werden, und erst später traf man, um die hiermit verbundene Unbequemlichkeit zu vermeiden, die Ein-

65) Unger a. a. O. S. 160.

66) Savigny a. a. O. S. 110 und 134. Eichhorn, Einl. §. 191.

richtung, daß die Zahlung der Zinsen entweder auf Vorlegung eines zu diesem Behuf besonders ausgefertigten Depositionsscheins oder einer Zinsen-Recognition, oder daß dieselbe gegen Einlieferung der der Obligation beigegebenen Zinsencoupons erfolgte [67]). So handelte man und so mußte man handeln, nachdem wirkliche Inhaberpapiere aufgekommen waren, im Bewußtsein der dadurch begründeten Verbindlichkeiten. Hätte bei unsern alten Gült- und Pfandverschreibungen der Schuldner auch nur die entfernteste Ahnung davon gehabt, ein Inhaberpapier auszustellen, so hätte er, da die Beigabe von besonderen Gült- oder Zinscoupons in jener Zeit natürlich nicht erwartet werden kann, sich ausbedingen müssen, daß er nur gegen jedesmalige Vorzeigung der Verschreibung und Anmerkung der geschehenen Zahlung auf derselben die einzelnen Gült- oder Zinstermine zu entrichten habe; aber unmöglich hätte er sich verpflichten können, auf eine gewöhnliche Quittung zu zahlen.

Zu 2). Wenn heutiges Tages Inhaberpapiere zur Rückzahlung gekündigt werden, so geschieht dieses durch eine Bekanntmachung in öffentlichen Blättern; auf andere Weise ist die Kündigung nicht denkbar, weil der jeweilige Inhaber nicht bekannt ist, wenigstens nicht bekannt sein muß. Es würde geradezu lächerlich erscheinen, wenn sich der Aussteller eines Inhaberpapiers zwar die Kündigung vorbehalten, aber zugleich verpflichten wollte, dieselbe an den jeweiligen Inhaber zu richten; ein solcher Vorbehalt würde bei der Unausführbarkeit dieser Bedingung ganz werthlos für ihn sein. In keinem andern Lichte erscheint aber das in sämmtlichen Urkunden des

---

67) Rabe, Darstellung des Wesens der Pfandbriefe. Halle und Berlin 1818. 1. Th. S. 28 und 29.

Anhangs dem Schuldner vorbehaltene Kündigungsrecht, wenn diese Urkunden als Inhaberpapiere zu betrachten sind. Dürfte man bei den neueren, aus dem 18. Jahrhundert herrührenden Urkunden auch etwa annehmen, daß die Aufkündigung durch eine öffentliche Bekanntmachung habe Statt finden sollen, — was jedoch bei dem Schweigen der Urkunden über diese Art der Kündigung nicht anzunehmen ist, — so ist doch in den älteren, dem 15. bis 17. Jahrhundert angehörigen Urkunden das Recht des Schuldners zur Wiederablage des Capitals oder Rentenkaufschillings geradezu von einer speciell an den Gläubiger durch einen offenen besiegelten Brief zu erlassenden Benachrichtung abhängig gemacht; auch war damals, bei dem Mangel unserer heutigen Tagblätter, eine Kündigung in diesen an sich unmöglich. Wir stehen also an dem Dilemma, daß entweder unsere Urkunden keine Inhaberpapiere sind, oder der Schuldner das Kündigungsrecht, das er sich vorbehalten, an eine Bedingung geknüpft hat, wodurch dasselbe sehr leicht illusorisch werden konnte. Letzteres wird nicht angenommen werden dürfen.

Zu 3). Die in Inhaberpapieren enthaltenen Verbindlichkeiten erlöschen, wie wir zu 1) sahen, durch Zahlung nicht unbedingt, sondern nur demjenigen gegenüber, der die Zahlung erhalten hat; das Papier behält, so lange die letztere nicht darauf notirt ist, seine verpflichtende Kraft, zu Gunsten jedes dritten Präsentanten. Mit diesem Grundsatz ist es aber nicht zu vereinigen, wenn in mehreren der älteren Gültbriefe bestimmt ist, daß solche, nachdem der Rentenkaufschilling an den Gläubiger zurückerstattet worden, *ganz kraftlos, todt und ab sein sollen*; eine Urkunde, die eine solche Bestimmung enthält, ist kein Inhaberpapier.

In mehreren der älteren Urkunden ist zwar vorbehalten, daß der Gläubiger bei der Zurückerstattung des Rentenkauf-

schillings den Schuldbrief zurückgeben müsse, in einigen, — Nr. 2 und 4 — jedoch beigefügt, daß er, wenn er hierzu nicht im Stande sei, weil ihm dieselbe abhanden gekommen oder zu Grunde gegangen, blos Quittung zu ertheilen habe. Auch hierin liegt ein sehr bedenklicher Punkt für die behauptete Eigenschaft dieser Urkunden als Inhaberpapiere. Bei der Möglichkeit, daß ein solches Papier in dritter Hand existire, und bei der Schwierigkeit des vollständigen Beweises seiner Vernichtung sucht man sich in beiden Beziehungen heutiges Tages durch ein Amortisationsverfahren zu helfen, um die einerseits gegen den letzten nachweisbaren Besitzer der Urkunde, andererseits gegen den Schuldner und dessen Sicherung vor doppelter Zahlung zu nehmenden Rücksichten in Einklang zu bringen. Diese Rücksichten liegen so nahe, daß eine gänzliche Vernachlässigung der letzteren schon au sich den Zweifel begründen müßte, ob man es mit einem Inhaberpapier zu thun habe.

Wenn freilich, wie in unsern Urkunden, bestimmt ist, daß dieselben nach Wiedererstattung des Capitals an den Gläubiger alle Gültigkeit verlieren sollen, so braucht auf der Rückgabe der Schuldurkunde nicht unbedingt bestanden zu werden, — aber gerade um deßwillen nicht, weil sie eben kein Inhaberpapier ist.

Zu 4). Daß ein Schuldner, der sich der Verbindlichkeiten, die er durch Ausstellung eines Inhaberpapiers eingeht, bewußt ist, sich unmöglich dazu verstehen kann, in demselben Athemzuge, für den Fall des Verlusts oder der Beschädigung des Papiers, ohne alle Sicherung gegen einen etwaigen dritten Besitzer und dessen Ansprüche eine neue Ausfertigung des Papiers zuzusagen, scheint keiner weiteren Ausführung zu bedürfen.

Wenn man daher auch nur die hier hervorgehobenen Punkte berücksichtigt, wird man zu der Ansicht gelangen müs-

sen, daß die alten Gült- und Schuldverschreibungen, die uns beschäftigen, mit den heutigen Inhaberpapieren nichts gemein haben.

Zum Schluß lassen wir eine Zusammenstellung der Resultate unserer Untersuchung folgen; wir glauben durch dieselbe folgende Sätze bewiesen zu haben:

I. Die vom 14. Jahrhundert an in Deutschland übliche, noch bis ins 18. Jahrhundert vorkommende Form von Gültbriefen und Schuldverschreibungen über verzinsliche Darlehn, worin neben dem genannten Gläubiger und dessen Erben alternativ der „getreue Inhaber des Briefs" oder auch der „Inhaber" schlechthin als forderungsberechtigt erwähnt ist, hat niemals die rechtliche Bedeutung gehabt, daß der Inhaber eines solchen Schuldbriefs ohne weitere Legitimation als Cessionar des genannten Gläubigers anzusehen wäre, noch weniger kann diese Form von Schuldbriefen als mit den heutigen Inhaberpapieren identisch betrachtet werden; es liegt vielmehr dem Inhaber, der aus einer solchen Urkunde Rechte geltend machen will, ob, sich als Erben oder als Cessionar des darin genannten Gläubigers zu legitimiren.

II. Wäre selbst für das ältere deutsche Recht eine andere Ansicht zu beweisen, so muß doch jedenfalls für die vom 17. Jahrhundert an errichteten Urkunden dieser Art die Nothwendigkeit der besonderen Legitimation des Inhabers als Erben oder Cessionars behauptet werden, weil wenigstens von jener Zeit an diese Auffassung der erwähnten Urkunden in Deutschland herrschend geworden war.

III. Im 16. und 17. Jahrhundert kamen in fast allen Ländern Europa's, namentlich in Frankreich und in den Niederlanden, Schuldscheine vor, worin die Zahlung an einen

genannten Gläubiger „oder an den Bringer" versprochen wurde, und diese besonders unter Kaufleuten übliche Form von Schuldscheinen hatte die Wirkung, daß der Inhaber als vermutheter Cessionar oder wenigstens Mandatar des genannten Gläubigers gegen den Schuldner klagen konnte. In diesem Institut ist ein Anfang der heutigen Inhaberpapiere nicht zu verkennen, aber es waren an demselben die Eigenthümlichkeiten der letzteren noch sehr wenig, theilweise noch gar nicht ausgebildet, namentlich nicht der Grundsatz, daß der Schuldner dem Inhaber keine Einreden aus der Person seiner Vormänner entgegensetzen dürfe. Schuldscheine dieser Art kamen auch in Deutschland vor, aber hier nur unter Handelsleuten, und obgleich darin auch wohl statt des „Bringers" der sonst gewöhnliche Ausdruck des „getreuen Inhabers der Handschrift" gebraucht wurde, sind dieselben von der in Deutschland allgemein üblichen Form von Gült- und Pfandverschreibungen zu unterscheiden, und was in Bezug auf dieselben als Handelsbrauch galt, darf auf die letzteren nicht angewendet werden.

Anhang.

Vorbemerkung. Von Nr. 1 und 2 der hier mitgetheilten Urkunden befinden sich die Originalien im Großh. Archiv zu Darmstadt. — Die Urkunde Nr. 3 wurde vor 18 Jahren von der Großherzogl. Staatsschulden-Tilgungscasse in Darmstadt eingelöst und befindet sich unter ihren Rechnungsurkunden. — Nr. 5 wird nach einer von dem Original, das sich in dritter Hand befindet, genommenen notariellen Abschrift mitgetheilt. — Die übrigen Nummern sind bei der „Rechtlichen Ausführung wegen der ehemals Mainzischen, ursprünglich auf den Zoll Bilzbach und die Rente Lohneck versicherten Schulden. Darmstadt 1829“, deren Verfasser der damalige Geh. Staatsrath, spätere Minister Jaup ist, als Beilagen abgedruckt.

Nr. 1.

Wir Philips von gottes gnaden Pfaltzgraue By Rine — — — Vnd Kurfürste Bekennen Vnd thun kunt Offenbare mit disem briff — — — rc. Das wir Recht vnd Redlichen verkaufft vnd zu kauff gegeben haben verkeuffen vnd geben Zu Kauff In crafft diß briffs — — — — — — — vnserm lieben getruwen Emerichen von Randeck vnd sinen erben funffzig gulden Jerlicher gult vff allen Vnsern Renten nutzen vnd gefellen vnser Statt Altzey Die wir Jm oder weme sie das an Jr statt beuelhen Jerlich vff die Heiligen Wihenacht fiertage vierzehen tag vor oder nach vngeuerlich durch ein jeden Vnser Landmeinster Zu Heidelberg offer Zimlich quittantz — — — an gutem gelde der vier Kurfursten am Rine montzen vnd werung — bezalen — sollen — — — —. Vnd ist diser kauff gescheen vmb tusent guter Rinischer gulden Der Wir vor dato diß briffs von Jme gewert vnd bezalt sint — — — — — — — Vnd vff das der genant Emerich Vnd sin erben Jr gekaufften gult destere sicherer gesin

mogen So haben wir Jne die — — Burgermeinster Ratte vnd gemeynde vnser Statt Altzey — — — Zu Rechte burgen vnd mitschuldener gesatzt. — — — — — — — — — — — — — — — —
— —

Vnd ob sich begebe — — das die Vnsern Von der gemelten stat Altzey — — der Leystung nit nachfolge Vnd gnug thun würden —
— — — — — — so sol dem obgenanten keuffere Vnd sinen erben erlaubt sin solch — — seumniß zuschriben zu clagen vnd zu sagen Vnd sie mogen furbas die Vnsern die burgen die Jren das vnser vnd das Jre sament oder sunder angriffen off vns pfenden — — —
— —

Doch nicht dester mynder sollen wir — — — schuldig sin, Die obgenant gekaufft vßsteend gult mit costen vnd schaden wie sich der gemacht hette vßen Richten des alles irn slechten Worten on eide oder ander bewerck (?) zu gleube one geuerte. Es soll auch disem briff ob der anschrifften an selben mißsetzt locherichtig naße melig oder ob sich der Jngesiegel eins oder me ergert oder Zerbrochen, verloren oder verbrant wurd nit schaden Auch dem egenanten keuffer oder Jnheltern diß briffs an den obgenanten Jrem Heuptgut tusend gulden vnd funffzig gulden Jerlicher gult — — keinen schaden fugen — — Sunder wan sie ein vidimus oder gleuplich abschrifft mit eins prelaten etlicher Edeln oder eines ordentlichen gerichts versigelt zeigen Dem sollen vnd wollen wir — — gleubenn vnd sie daroff vßrichten — —. Es hat auch der obgenant Emmerich für sich vnd sin erben Vnd were zu diser gult gerechtigkeit gewint vns — — die früntschafft bewist Das wir solch funffzig gulden gult Welchs Jars vnd welch zit Jm Jare wir wollen mit tüsent guter Rinischer gulden widderkauffen vnd disen briff vnser burgen vnd mitschuldner ledigen mogen doch das wir Jne solchs ein virtel Jars Zuuor mit vnsern versigelten briff verkunden —
— — — — — — — — — — — — — vnd so sie bezalt sint so soll diser briff crafftloß todt vnd abe wir vnser burgen vnd mitschuldener quit ledig vnd loß sin one alles geuerde Were auch disen briff mit des obgenanten keuffere vnd seiner erben wissen vnd willen Jnhat dem sollen vnd wollen wir — — die egenanten burgen vnd ir nachkommen alles des gichtig pflichtig vnd schuldig sin das diser briff vßwiset one geuerde. Wir Burgermeinster Ratte vnd gantz gemeynde Zu altzey Bekennen

Jn disem briff das wir vnnerscheidenlich vnderpfande burgen vnd mitschuldener gein dem obgenanten Emerich von Randeck seinen erben oder inhelten diß briffs obgemelt worden sint Ju alle die wise wie obgeschriben stet, Vnd globen — — — — — — — zu thun alles das von vns Jn disem briff geschriben stet one alle generde vnd argelist. Vnd des alles zu Warem Urkund haben wir Pfalzgraue Philips obgenant Unser Jngesiegel — — — thun hencken an disen briff Vnd wir die obgenanten Burgermeinstern Ratte Vnd gemeynde Zu altzey Bekennen auch das wir — — — — der genante stat altzey Jngesigel zu des vorgenanten vnnsers gnedigen Hern Pfaltzgraue Philips Jngesigel auch an disen briff gehangen haben. Datum Heidelberg vff sant Steffans dag des ersten Märtlers Jn den Heiligen Wihenacht Fiertag gelegen Anno Domini Millesimo quardringentesimo Septuagesimo Nono. (1479.)

Nr. 2.

Wir Wilhelm von Gots Gnaden Lantgrave zu Hessen — — Vnd Wir Burgermeister Ratt und gantz Gemeinde zu Nidda — — Bekennen Vns vffentlich mit Diessem Brieffe — — das wir eynmnriglich mit sampter Hant — — recht und redelich verkaufft vnd zu kauff geben haben in Crafft dieses Brieffs Aßmus Doring vnd allen synen Erben ader den die diesen Brieff mit Jrem guten willen und wissen Jnhaben Dryßig Gülden Jn Golde — — jarlicher Gult. — — Vnd ist dieser kauff und verkauff geschen Vmb Sechshundert guter Ryuscher Gulden — — die Vns ver benannte Aßmus Doring — — für dato dieß Brieffs gentzlich bezalt — hat — — Desselben Wir auch — — Jm sin erben vnd wen das berurn magk in und mit crafft dießs Brieffs genzlich qwit ledig und los sagen. Vnd darumb so sullen und wullen Wir — — dem benannten Aßmus sin erben ader Jnhalter diß Brieffs ader wem sie das bevelhen zu yder zyt mit Jrem guten wissen vnd willen die vorbenanten Dryßig Gulden gelts jerlicher Gulte alle Jar — — vff Jre zimlich qwitantzen — — bezalen. Vnd wer es Sache das Wir — — an bezalung der Gulte sumig werden — — So sullen und mogen die obgenannten Aßmus und syn erben ader Jnhalter diß Brieffs wie obstehit Vns — — lib vnd gut — —

angriffen vffhalten aber phenden. — — Wer es auch sache Das dem gemelten Aßmus syn erben ader mitbeschrieben an den drißig Gulden abgang geschee ader die gemelten von Nidda vergenglich vß vnsre Handt In ander Hendt gewendt wurden So sullen und wullen Wir — — dem genanten Aßmus vnd sin mitbeschrieben Widder vmb in der Graveschaft erstatung thun — — Ob auch Wir Verkeuffere — — mit den keuffern Iren erben und Nachkommen Zu Fhed — — komen Sollen Wir nicht destemynder solich — — Gult — — bezalen. Doch so hatt der egnant keuffer für sich sin erben vnd Inhelter dißs brieffs wie obstehet vns — — diessen Willen gethan Wan Wir — — solich Drißig Gulden gelts Jerlicher gulte Widder abkeuffen wullen vnd Ine das eyn Firteil Jars vor der obgerurten bezeailzyt eyne mit Unserm vffen versiegelten Brieff verkunden vnd dan Zu Vßgang desselbigen Virteil Jars acht Tage vor ader nahe ongeverlich Sechshundert guter Rinscher Gulden — — bezalen so sullen und wullen sie sulchs von Uns nehmen vnd vns die obgemelten Drissig Gulten gelts widder vmb zu kauff geben alsbald auch diesser Brieff nichts doiglich craftlos tott vnd absin vnd vns auch heruß geantwort werden sal. Wo aber solich Heubtverschreibung den gemelten keuffern verbrant gnomen entweldigt ader sunst vß Ihren handen komen were Das sich kuntlich vnd worlich erfunde So sullen sie vns — des nach Zymlicher notturfft qwitirn Wir auch — — der gulte vnd was wir yns hyr Inne verbunden — — haben gantz ledig vnd loss sin. — — — Geben vff Sonnobent nach Sant Michels tag Anno dm millesimo quadringentesimo nonogesimo sexto. (1496.)

Nr. 3.

Wir Philips von gots gnaden Lanntgraue Zu Hessen — — — Bekennen vor Uns vnnd vnnser erben — — — vnnd Thun kunth — — mit disem offnen brivne. Das wir mit Zeitigem Rathe wissen vnnd willen vnnser Hoff Räthe Hoffmeister — — — — Auch Burgermeister vnnd Rethe vnnser Stat Cassell vnnd Marpurgkh — — — dem Erbarn Boderten von Geyen vnnd Helena seiner eelichen Hausfrauen Wonhafftig in der Stat Koln vnnd Iren erben oder mit Iren kuntlichen guten Wis-

sen vnnd willen dies brieffs inhelter Recht vnnd vffrichtig verkaufft haben, vnd verkauffen Inen — — in vnd mit crafft diss briefs — — — — — anderthhalb hundert gollt gulden der Churfürsten Muntz in golde geschlagen vor datum diss brieffs — — — — Jerlicher pension vnnd Zinße an Vff vnnd aus Vnnserm Zoll Sanct Gewher für vnnd vmb Dreytausend gulden an golde volwichtig obberürter Müntzen Welche sy vnns an baren solichen goltgulden Zudannckh vnnd woll geliebbert vnd bezallt — — — — Sagen auch sy vnnd Jre erben vnnd nachkhomen vnd wem das weiter von noten sein wurd ytzt vnnd zu aller Zeit vor Vnns Vnnsere erben vnd nachkhomen hiemit quit ledig vnnd loß. Bereden vnnd versprechen demnach — — — — gemelten keuffern vnnd Jren erben oder mit Jren willen vnd wissen inhelter diss brieffs Solche anderthalb hundert golt gulden Jerlicher erblicher pension an golden Churfürsten Müntz — — — — Jerlich vnnd eins Jeden Jars besonndern vff Walpurgis — — — — — — — durch einen Jeden Vnsern Zollschreiber Zu Sanct Gewher — — — — — — — — mit Jre gebürliche Zimliche quittanncen zu franckfort oder in der Stat Colln Zu Jren Chur aus Richten vnnd bezallen Zu — — — — lassen. Heisthen vnnd gepieten hieruff vnnserm Zollschreyber daselbst zu Sanct Gewher der itzt oder hernachmals in künfftig Zeit sein würde hiemit Vnnd in macht diss Briefs vnd wollen mit Reichung vnnd bezällung solcher anderthalbhundert goltgulden an gold wie Obsteet Zu vorbestimpter Zeit vnnd Zill Jerlichs vnnd eins Jeden Jars sonderlich bis vff vnnser wider ablosung den obgenannten keuffern vnnd Jren erben oder diß brieffs Inhellter gewertig Zusein. — — — — — — Vnnd so vber kurtz oder lang sich begebe das obgemelter Vnnser Zoll Zu Sannct Gewher — — in ander Hende gestallt oder Verandert vnnd in solcher Veranderung an den oder die solcher Zoll khomen würd dieser gegenwärtiger Sumen gelts Nemlich anderthalbhundert golt gulden obgerurt gedachten keuffern vnd Jren erben oder nachkhomen als vor von der Bezallungen keine bewilligung geschee, alsdann verschreyben vnnd verpinden wir — — — solche anderthalbhundert golt gulden Zins vorgedachten keuffern vnd Jren erben oder mit Jren Wissen vnnd willen helter diss briefs wie obgemelt Aus Vnser Fürstlichen Camern Fürstenthumb Landschafften Hessen Auch allen Vnnsern der in kund Zugehorungen gefellen Vnd Renthen Zuuergnugen Vnd Zu bezallen — —

Dawider vnnd sonst disen gantzen Verkauff vnd Verschreybung Vnns Vnnser Erben erbnemen vnnd nachkhomen nit schutzen schirmen noch helffen noch vertragen, Wir auch nit gebrauchen sollen einiche privilegien gnad oder freiheit — — — — in keine Weiß. beschee aber als doch nit sein soll das Wir — — — an solcher Bezallung Jars zu genannter Zeit Vnnd Zill Seumig weren oder wurden — — So sollen vnnd mogen die gemelten keuffere ire erben vnnd nachkhommen Vnns vnnser erben vnd nachkhomen Auch vnnser Rethe, vnnd Vnsere Vndersassen der Stete Cassell vnnd Marpurgk vnnd vort alle vnnsere Vnderthanen Vnnser land Hessen vnd gebieten darfur mit geistlichenn vnd werntlichen Rechten Zusprechen — — vnd angreiffen, — — — — bis Zurzeit das den keuffere Iren erben vnd nachkhomen volkhomenliche ausrichtung vnnd bezallung gescheen ist. — — — — — Vnd Zu Inforderung Irer Järlichen ort Renthen vnd pension geben wir In vnnd Iren erben hiemit Incrafft diss briefs Vnnser frey strackh vorwarde vnnd gleit auff vnnd an Zu Reyßen. — — Vnd wes auch die gedachte keuffer Ire erben oder nachkhomen oder Hellter diss brieffs mit Iren Willen vur costen vnnd schaden — — — Wenden vnnd treyben würden, — — — das alles sampt vnnd sunderlingen vnd iedes Interesse in oder ausserhalb gerichts — — Sollen vnnd Wollen wir Inen Zusambt den bedagten Vnnd erschienen Zinßen Vnnd pension Jarlicher Renthen — — — Auch schuldig sein Zu bezallen, Auch der Costen vnnd schaden vnd interesse so wie Sy oder Ire erben vnns die Rechnen würden alle Iren schlechten Wortten Sonder einiche Eyde vff beweiß darumb Zuthun Zuglauben — — — — — — —. Doch haben Wir vnns — — hie In bey den keuffern diesen Willen gunst Vnnd macht vorbehalten Das wir alle Jar vnnd Jedes Jars besondern — — von Inen oder Iren mitbeschrieben Solche anderthalbhundert Golltgulden obberurter Muntz abloßen moegen mit dreytausent goltgulden, — — Doch das sy der abloßung Zufur ein halb Jar kondtlich mit vnnd durch Vnnser offen Versiegellt brieue wie gewonlich Verstendigt vnnd gewarnt sein. Als dann Sollen Sy zu Verkunther Zeit der abloßung widerumb mit solcher dreytausend goltgulden — — — empfangen Vnnd alsdann Vnns vnnd nit ehr dise Verschreybung mit notdurftigen quittanncen Zustellen vnnd Vberantworten. — — alle vnnd Igkliche vorgeschrieben sachen Vnnd punncten inhalt diss brieffs Bereden Vnnd globen Wir Philips Landgraue Zu Hessen vnnd bey Vnn-

fern Fürstlichen eeren vnnd rechter eydes stat vest Stede vnnd vnnerbrechenlichen Zu hallten vnnd vollnstrecken u. s. w. — — — — — —

Geben am montag nach dem Sonntag Inuocavit nach Christi vnnsers Herrn geburt gezallt fünffzehenn hundert vnnd dreyvnnd Zweintzigsten Jare (1523).

Philips L. z. Hessen mp.

Nr. 4.

Wir Wolfgang von Gottes Gnaden, des h. Stuhls zu Mainz Erzbischoven, — — bekennen und thun kund öffentlich hiemit diesem Brief — — daß Wir mit — — Bewilligung der würdigen — — Dechant und Kapitul Unsers Domstifts — — — — — — — Unserem Hofrath und lieben Getreuen Caspar Fleischbeinen, der Rechten Lizentiaten, seinen Erben, und wissentlichen Inhälter dieses Briefes eines rechten — — und ewigen Kaufs, — — — verkauft und zu kaufen geben haben, thun das auch hiermit wissentlich und in Kraft dies Briefs fünfzig Gulden, jeden derselben zu fünfzehen Batzen, oder sieben und zwanzig Albus gezehlet, jährlicher und ewigen Gülten, und Abzinnß, umb, und für siebenhundert fünfzig Goldgulden, und König- oder Philippsthaler, die erst gemeldter Licentiat Fleischbein den Unsrigen jetztmals also bahr dargezeblet — — hat, — — — — — — sagen derowegen ihnen Licentiat Fleischbein seinen Erben, und Erbnehmer dieser sieben hundert fünfzig Goldgulden, und Königsthaler, so beides den Goldgulden und Königsthaler zu zwanzig Batzen angeschlagen, per fünfzehn Batzen, oder sieben und zwanzig Albus tausend Gulden thun, quit, ledig und loß, gereden und versprechen darauf — —, daß Wir dem mehrgedachten Licentiat Fleischbein, seinen Erben, oder Inhältern dies Briefs, wie obstehet, nun hinführo jährlich und jedes Jahr besonder von solchen tausend Gulden Capital fünfzig Gulden per sieben und zwanzig Albus jährlicher Gülte zu geben, und dieselbigen auf St. Michael, des h. Erzengelstag, oder vierzehn Tag darnach ohngefährlich, und nächstkünftiges sechszehnhunderten Jahr zum erstenmal von den Gefällen Unser Renten Loneck sonderlichen aus und von den bemeldten Schatzungsgefällen, wann Wir die erheben und inbringen, oder wohin sonsten Wir die verweißen lassen werden, ausrichten und bezahlen lassen sollen, und wollen, heißen und befehlen darauf

jetzigen Unseren Rentmeistern — — — —, dem gedachten Licentiat Fleischbein seinen Erben, oder Inhältern dies Briefs, wie obgemeld, die gerührte jährliche Gülten, fünfzig Gulden, von den vorgenannten Gefällen — — auf ihr gewöhnliche Quittanz — — — — zu bezahlen, — — —. Und wo dieser Brief an Pergamen, Schriften, Worten oder Siegeln einigen Gebrechen gewinnen, oder gedachter Licentiat Fleischbein seine Erben, oder Inhälter dies Briefs, wie gemeldt, daß entsetzt oder verlustigt würden, sollen Wir oder Unsere Nachkommen den wieder erneueren, wider welches Uns — — nit schenren, schirmen, oder Uns zu Steuer kommen sollen, einige Gnad, Recht, — — — — — nichts ausgenommen. Wir — — sollen auch Uns derselben hierwider nicht gebrauchen, — —, sondern Wir verzeihen — — Uns der aller — — — in der allerbesten Weiß, — — — — — — — —. Doch hat gedachter Licentiat Fleischbein vor sich seine Erben und Inhältern dieses Briefs Uns den Willen gethan, also daß Wir — — solche obgemelde fünfzig Gulden jährlicher Gülten mit der obgenannten Summe der tausend Gulden Haubgeldes — — wider an Uns — — kaufen, und ablösen mögen, wann und welche Zeit Wir wollen, und Uns das eben ist, doch daß Wir oder Unsere Nachkommen ihnen solchen Widerkauf ein Viertheil Jahr mit Unserem offenen versiegelten Brief zuvor verkünden, und zu wissen thun, wann dann solche Verkündung also beschehen ist, alsdann sollen und wollen Wir oder Unsere Nachkommen ihnen solche tausend Gulden Capital obberührter Münz, und Währung uf dem genannten St. Michaels Tag mit allen ausstehenden, und verstoßenen Gülten ausrichten, und bezalen — — —, und wann solcher Widerkauf also wie gemeld, geschehen ist, also dann sollen Wir — — die viel obgemelde Jahrgült der fünfzig Gulden nit mehr zu geben schuldig, oder pflichtig seyn, und Uns diese Verschreibung nicht mehr binden, sondern ganz tod, ab- und Kraftlos sein, und Uns oder Unseren Nachkommen und Erzstift wieder herausgegeben werden, so auch die nit bei handen, verlegt oder verlohren, und gedachten Verkaufern, seinen Erben oder Innhältern dies Briefs abhändig gemacht wäre, alsdann sollen sie dagegen eine gebührliche Quittanz darüber geben, und von Uns angenommen werden — — — — — — — — — — — — — — — — —.

Daß zur Urkund haben Wir Unseren Insigel an diesen Brief thun henken.

— — — — — — — — — — — — — — — — — — — —

— —, der geben ist zu Aschaffenburg Montags vor St. Michaelis des heil. Erzengelstag den sieben und zwanzigsten September anno Domini millesimo quingentesimo nonanegisimo nono. (1599.)

Nr. 5.

Wir Anshelm Casimir von Gottes Gnaden des heiligen Stuels zue Maintz Ertzbischoff — — — bekennen Vndt thun kundt offentlich mit diesem Brieff — — daß Wir mit — — Bewilligung der — — Dechant und Capitul Vnseres Dhombstiffts — — — Weylande deß Ehrwurdigsten Vnsers Lieben Herrn und nechsten Vorfahren Herrn Georgii Friederici Ertzbischoffen zu Maintz — verordtneten Testamentarien vnnd Testamentserben oder rechtmeßig wissentlichen Inhabern dieses Briefs eines rechten — — Kauffs — — verkauft und zu kauffen geben haben Thun das auch hiemit vnnd in Craft dieß Briefs Sechshundert Goldgülden, Golt in Golt Jährlicher und ewiger Gülte vnnd Abzinß Umb vnd für Zwölffthausend deroselben Goldgülten in specie Capital — — — — — —. Sagen derowegen die Testamentarien vnnd Testamentserben oder wissentliche Inhabere dieses Briefes solcher Summen der Zwölffthausend Goldgulden quit ledig vndt loß. Bereden vnd versprechen darauff — — daß Wir mehrgedachte Testamentarien vnd Testamentserben oder Inhabern dieses Briefes wie obstehet nun hinfüro Jährlichs vnd yedes Jahr besonder, von solcher — — Summen — Hauptgelds Sechshunder Goldtgulden Golt in Golt jährlicher Zins vnd Gülten Vff yeder Frankforther Herbstmeß vierzehn Tag vor oder vierzehn Tag darnach — — aus, ab, vnnd von den Gefällen Vnserer Zölle Vilzbach — — vnd zu Gernßheim, wie auch andern Vnsern — — Gefällen, (welche Wir ihnen zu einem rechten unnvertheilten Unterpfandt hiemit — — einsetzen vnd hypotheciren) ausrichten vndt bezahlen lassen sollen vnd wollen. Heißen und befehlen daruff Vnserm Camerschreiber — — — den gedachten Testamentarien vnnd Testamentserben oder rechtmäßigen wissentlichen Inhabern dieses Briefs, die genannten Jährliche Zinß vnd Gülten — — uff gewöhnliche Quittanz ohne allen ihrer, der

Käufere vnd Briefs Inhabere Kosten Jedes Jahr bei Vnserer Rechen-Camer würklich außzurichten vnd zu bezahlen. Im Fall aber — — einige Saumbnuß — — erscheinen würde, daß alsdann die Kaufere oder rechtmäßige Inhabere dieses Brieffs ex hoc pacto gut fug macht vndt erlangt Recht haben sollen, obgemeldte Unterpfandt vnd Gefälle oder — — andern Vnseres Erzstiffts — — — fahrende vnnd liegende Haab — — — anzugreifen — — vnd zu Erlangung derselben mit oder ohne Recht zu procediren — —. Wehre eß auch mehrgedachten Kaufern vnd Testamentserben oder Inhabern dieß Briefs nit füglich oder gelegen, obgemelte Mittel vndt Wege vor die Hand zu nehmen, so soll Ihnen hiemit — — zugelassen sein, — — wieder Uns — — am Keyserlichen Hoff vndt Ihrer Mayt. Cammergericht zu Speyer — — Executoriales — — zu impetriren, welches — — nit allein von den außstendigen Pensionen erlittenen Schaden Vnd Kosten sondern auch vermög jüngsten Deputation Abschiedts de anno 1600 der Hauptsummen (da zwo Pensiones zusammen kommen) gemeint Vndt verstanden werden, darwieder Uns — — keine Gnadt — — Item keine Exception — — schützen vndt helffen soll, da wir uns derselben — — freywillig begeben vndt enteußert. Vnd wo dieser Brief ahn Pergementschriften oder Siegil einigen Gebrechen oder Schaden gewänne, oder mehrgemelte Kaufere vnnd Testamentserben oder rechtmeßige Inhabere dieß Briefes wie gemelt, entsetzt oder verlustiget würden, sollen Wir vnd Vnsere Nachkommen den wieder zu verneuern verordtnen.

Deß Schadens und Unkosten halben ist insonderheit verglichen und übereinkommen, daß deßwegen uff jede zu tragende Fälle der Kaufere vnd Testamentserben oder wissentlichen Inhabere dieser Verschreibung schlechten einfältigen Worten ohne einige weitere Beteuerungen geglaubt werden solle. — Vnd — — haben — Vns — — die Kauffere diesen Willen gethan, daß Wir diese Gült mit Zwölffthausent Goldtgulden nach Vnserer Willkühr wieder ablösen vnd ledigen mögen, gleichwohl daß die Ablösung ein halb Jahr zuvor den Kauffern vnd Testamentserben oder Inhabern dieses Briefs in einer offenen Schrifft zu wissen gethan — — werden sollen.

Dessen zu wahrer Vrkundt haben Wir Vnser Insigel ahn diesen Brief thun henken.

— — — — — — — — —

Der geben ist zu St. Martinsburg in Unßer Stadt Mainz Uff St. Michaelis Archangeli anno domini millesimo sexcentesimo vigesimo nono. (1629.)

Nr. 6.

Von Gottes Gnaden Wir Franz Ludwig, des heiligen Stuhls zu Mainz Erzbischoff, — — — — — — — — bekennen und thun kund offentlich mit diesem Brief, — — daß Wir — — — — — — mit Verwilligung derer — — — — Dechant und Capitul Unseres Domstifts zu Mainz, dem Würdigen — — — — Chorbischoffen zu Trier, Carl Casper Freyherrn von Gymnich zur Bischell, dessen Erbnehmenden und sonsten rechtmäßigen Inhabern dieses Briefs, verkauft, und zu kaufen gegeben haben, thun das auch hiemit wissentlich und in Kraft dieses Briefs, Zweitasend Gulden jährlicher Gült, — — — für und umb Vierzigtausend Gulden — —, welche Wir Uns auch — — — — — — — — wohl liefern und zahlen lassen, — —, wofür Wir Ihme Käufer dessen Erbnehmende, und sonstige Briefs Inhabern hiermit in bester Formb Rechtens — — frey quitt- und unansprüchig zehlen, gereden demnach, und versprechen —, Ihme Käufern Dessen Erbnehmenden, oder Briefs Inhabern diese Zweitausend Gulden — — richtig zu zahlen, wobei dann beyderseits vorbedungen worden, die Haupt Summam deren Vierzigtausend Gulden nach eines viertel Jahres richtig verkündigter Wiederzahlung zu erstatten, oder respective repetiren zu mögen. Damit aber der Käufer, seine Erbnehmende oder andere Inhaber dieses Briefs solcher erkauften jährlichen Gült ad 2000 fl. so wohl als der hergeschossenen Haupt-Summe deren 40000 fl. desto sichrer und gewisser seyn mögen; So verschreiben und verpfänden Wir Ihme mit rechtem Vorbericht, und Bewilligung vorgemeldten Unseres Domkapituls die Intraden oder Gefälle Unseres und Unseres Erzstifts Zoll Vilzbach ob Mainz und zwar — — dergestalten, daß — — zu ohnfehlbar richtiger Bezahl- und Abstattung obbemeldter jährlichen 2000 fl. nicht allein unser jetziger Zollschreiber, sondern auch der hinführo — — seyn wird, — — verbunden und gehalten werden sollen, sondern wollen den, oder dieselbe in so weit ihrer Pflichten erlassen, umb — — — — zu gelo-

ben, und zu versprechen, daß sie von dasigen Zoll Intraden ehender nichts an Unsere Kammer einige Zahlung thuen, — — — bevor Er Käufer dessen Erbnehmende oder rechtmäßige Inhabern dieses Briefs wegen solcher jährlicher Gült gänzlich satisfaciret und vergnügt seyn werden. Im Fall aber solcher Rheinzoll — — gehemmet worden, oder — — so sollen andere Unsere Rhein und Mainzölle in subsidium verhypotezirt seyn — — — —. Da nun Wir — — — — — — Uns säumig erzeigen thäten, So solle Er Käufer, seine Erbnehmende, und befugte Briefs Inhabern alsdann mit oder ohne Recht, nicht allein an mehr berührter Hypothek des Zolls Vilzbach, und in subsidium anderer Unserer Rhein- und Mainzöllen — — sondern auch an Unser Zahlamt — — — — sich zu erholen und bezahlt zu machen, guten Fug und Macht, und erlangtes Recht haben, worgegen Uns — — nicht schirmen noch schützen — — sollen, einige Gnad, privilegium, Freyheit, noch andere Exceptiones, — — — — — — — — — — — — —; Denn Wir Uns deren allsammentlich — — hiermit begeben, vielmehr soll — — — — — — auf bloses Vorzeigen dieses Briefes allerley mandata paenalia und executorialia, — — nach besten Bedünken des Käufers, oder deßen Nachkommenden ausgewürket, und denenselben — — pariret werden, alles getreulich und ohne Gefährde; Urkundlich haben Wir gegenwärtige Kauf Verschreibung eigenhändig unterschrieben, und Unser Churfürstl. Canzlei Secret Insiegel wissentlichen anhangen laßen, anbei auch solche mit Unser würklichen Dhoms Capituls Consens und Sigil corroboriren lassen, geschehen Maintz den 1ten Juny 1730.

Unterschrieben

Franz Ludwig, Churfürst.

(L. S.)

Nr. 7.

Wir Johann Friedrich Carl von Gottes Gnaden, des h. Stuhls zu Mainz Erzbischoff, — — Thuen kund hiermit, und bekennen für Uns und Unsere Nachfahrer am Erzstift, daß — — — — — — — mit Wissen, Willen und Bestättigung sowohl, als unter ausdrücklichen Expromission — — Unserer — Dechand und Capitul, Unserer Domkirchen zu Mainz, Wir denen Wohlgebernen — — —, Unserm ge-

heimbden Rathen, und General-Vicario Georg Adam, Freiherrn von Fechenbach, sodann — — — Scholastern und Capitularn Constantin Anton Freiherrn von Ritter zu Grünstein, qua testamentariis der Hoheneckischen Verlassenschaft, auch rechtmäsigen Inn- und Theilhabern dieses Briefs verkaufet, und zu kaufen gegeben haben, thuen das auch hiermit wissentlich, und in Kraft dieses Briefs, die Summ von Vierhundert Zwanzig Gulden Frankfurter Währung — — — jährlichen Gült vor und um Zehen Tausend Fünfhundert Gulden jetzt gedachter Wehrung, welche Wir Uns — — — — von vorgemeldten Herrn Kauffern — — wohl haben liefferen — — — lassen, wofür Wir Sie Hrn. Kauffere, und dieses Briefs Inn- und Theilhabere hiermit in bester Form Rechtens — — — frei, quitt- und onansprüchlich zehlen.

Wir gereden demnach und versprechen — —, ihnen Herrn Kauffern, und dieses Briefs Inn- und daran Theilhabern dieses Uns vorgeliehene Capital deren Zehentausend Fünfhundert Gulden, so lang gegenwärtiger Krieg dauret, onabläßig stehen, und die Zinnsen alljährlich mit Vierhundert Zwanzig Gulden richtig abtragen zu lassen, beide Theile dahingegen verbehaltende, nach geendigtem gegenwärtigen Krieg, das Capital anwiederum nach Gefallen aufkünden zu mögen — — — — — — — — —; damit nun Sie Herrn Kauffere, und dieses Briefs Inn- und Theilhabere solcher erkauften jährlichen Renten deren Vierhundert Zwanzig Gulden sowohl, als des hergeschossenen Hauptgeldes deren Zehen Tausend Fünfhundert Gulden desto gewisser und sicherer seyn mögen, so verschreiben und verhypotheziren Wir Ihnen mit rechtem Vorbewußt Bewilligung, und unter Expromission vorgemeldten Unseres Dommkapituls von denen jährlichen Intraden Unseren Renten auf Loneck dahier soviel, als hierzu vonnöthen — — — — — — — — — — — — —.

Gegen All obiges soll Uns — — nicht schirmen, und schützen, — — — — einige Gnade, Privilegien, Freiheiten, — — noch andere Exceptiones, — — — — — — — — — — — — — — — wie dann Wir Uns deren allersamtlich — — — begeben, vielmehr solle — auf bloses Vorzeigen dieses Briefs allerlei Mandata poenalia, immissorialia, und Executorialia — — nach bestem Gutdünken deren Herrn Kauffern, und dieses Briefs Inhabern ausgewürket, und denenselben — — Folge geleistet werden.

So geschehen zur St. Martinsburg in Unserer Residenzstadt

Mainz den zweiten Octobris Jahr Ein Tausend siebenhundert fünfzig neun. (1759.)

J. Friederich Carl Churfürst.

(L. S.)

Nr. 8.

Wir Emmerich Joseph von Gottes Gnaden, des heiligen Stuhls zu Mainz Ertzbischoff — — — — ꝛc. thun kund und bekennen für Uns und Unsere Nachfolgere am Erzstiffte: Demnach Unser nächster Herr Vorfahrer Kurfürst Johann Friderich Carl — — besag Schuldverschreibung vom 19ten September 1757 sich gemüßiget gesehen, — — — — — unter ausdrücklicher Expromission Unseres Domkapitels bei Unserem gewesenen Geheimen Rath und Kanzlei Directoren von Cunibert Dreizehntausend Gulden, sodann bei dem inmittelst auch verstorbenen ehemaligen Geheimenrath und Kammer Directoren von Strauß Siebentausend Gulden, mithin die Summe von Zwanzigtausend Gulden verzinnßlich aufzunehmen, dieselbe auch damalen von ihnen baar vorgeschossener erhalten, welches Kapital auf deren beiderseits erfolgtes Ableben vorermelten Unseres gewesenen Geheimen Raths und Kanzlei Directoris von Cunibert nachgelassener Wittib zu dreizehntausend Gulden, dann Unserm Geistl. Rath und Fiscalen von Strauß zu Siebentausend Gulden auferstorben, sofort diese, als dermalige rechtmässige Briefs-Inn- nnd Theilhaber sich anerklärt haben, jenes auch ohne Vorbehalt der Expromission und lediglich unter dem gewöhnlichen Consens Unseres Domkapitels forthin stehen zu lassen: daß Wir gegen Rückempfang und Cassation der vorberegten Schuldverschreibung, solche mit Wissen, Willen und Bestättigung — — — Unserer — — Dechant und Capitul Unseres Domstifftes zu Mainz umschreiben, und die gegenwärtige — — — — ausfertigen lassen; Versprechen anbei — —, ermeltes Capital deren Zwanzigtausend Gulden bis zu dessen Wiederabzahlung alljährlich mit Vier vom Hundert zu verzinnsen, und dieje jährliche Zinnsen — — — — in deren Creditoren oder derselben Bevollmächtigten Handen entrichten, wie nicht weniger bei der, ein oder dem andern Theil gefälligen Rückbezahlung (wozu jedem eine halbjährige Voraufkündigung ausdrücklich vorbehalten wird) sothanes Kapital nebst den etwa noch schuldigen

Zinnßen — — — — den Creditoribus oder derenselben hierzu genugsam Bevollmächtigten ohne Abgang abtragen zu lassen. Damit nun Sie Gläubigere, derenselben Erben, Briefs-Inn- und Theilhabere des hergeschossenen Hauptgeldes deren Zwanzig Tausend Gulden sowohl als deren hiervon per Vier perCent jährlich mit achthundert Gulden fälliger Abzinnsen, (woran Unseres gewesenen Geheimen Raths und Kanzlei Directoris von Cunibert nachgelassener Wittib Fünfhundert und zwanzig Gulden, dann Unserem Geistl. Rath und Fiscalen von Strauß zweyhundert und achtzig Gulden gebühren) desto gesicherter sein mögen; so verschreiben und verunterpfänden Wir denenselben mit rechtem Vorbewußt und Bewilligung voreremelten Unseres Domkapitels von den jährlichen Intraden Unserer Rhente auf Lohneck dahier so viel als hiezu vonnöthen, — — — — — — — — —. Dagegen nun solle Uns — — nichts schirmen und schützen, — — einige Gnade, Privilegien, Freiheiten, — —, noch andere Exceptionen —. Wie dann Wir Uns deren allersammtlich — — — begeben, vielmehr solle — — — — auf bloßes Vorzeigen diesel Kapitalbriefes allerlei mandata poenalia, immissorialia et executorialia — — nach bestem Gutdünken deren Gläubigern, derenselben Nachfolgern, und dieses Briefes Inn- und Theilhabern ausgewürket, und denselben — — stracke Folge geleistet werden, alles getreulich und ohne Gefährde; so geschehen zu St. Martinsburg in Unserer Residenz-Stadt Mainz den neunzehnten September Eintausend Siebenhundert drey und siebenzigsten Jahres. (1773.)

Emmerich Joseph Churfürst.

Nr. 9.

Wir Friedrich Karl Joseph von Gottes Gnaden des heiligen Stuhls zu Mainz Erzbischof — — — 2c. Thun kund und bekennen hiermit: —; daß Wir zu gänzlicher Tilgung sothanen unserem Kriegszahl Amte mit 4 procent zu Last gelegenen Kapital und Zurückzahlung deren annoch hinterständig verbliebener Vierzehntausend Fünfhundert Gulden mit Wissen, Willen und Bestättigung deren — — Dechant und Kapitel unseres Domstiftes zu Mainz von der Verlassenschafts-Masse

weil. unseres nächsten Herrn Vorfahrers an der Kur, Kurfürsten Emerich Joseph piis: Mem: 14500 fl. Wir sprechen Vierzehn Tausend Fünfhundert Gulden frankfurter Währung, — — — — — — aufgenommen, fort gegen Aushändigung dieser unserer Schuldverschreibung baar vorgeschossenen erhalten haben, derohalben wir Dieselbe — der — — — — hiermitt quittiren und versprechen anbey — —, ermeltes Kapital deren Vierzehntausend Fünfhundert Gulden bis zu dessen Wiederabzahlung alljährlich mit Drei vom Hundert zu verzinsen, und diese jährliche Zinsen alle Jahr — — — — — allhier entrichten, somit nach Anleitung der letztwilliger Verordnung höchstgedachten unseres nächsten Herrn Vorfahrers an Dero fideicommiss-Erben oder in deren Bevollmächtigter Händen entrichten, wie nicht weniger das Kapital selbsten bei dessen Uns und Unseren Nachkommen am Erzstifte alleinig freistehender Aufkündigung nach Verlauf einer halbjährigen Frist, nebst den etwa noch schuldigen Zinsen — — — — der Fideicommissarischen Verlassenschaftsmasse oder derselben genugsam Bevollmächtigten und dieses Briefes getreuen Inhabern zu anderwärtiger dessen versicherter Wiederanlage ohne Abgang bezahlen und abtragen zu lassen.

Damit nun eben ersagte Fideicommissarische Verlassenschaftsmasse, Briefs In- oder Theilhabern des hergeschossenen Hauptgeldes deren Vierzehn Tausend Fünfhundert Gulden sowohl, als deren hiervon à Drei procent jährlich mit Vierhundert Dreissig Fünf Gulden fälliger Abzinsen desto gesicherter sein möge; So verschreiben und verunterpfänden Wir derselben mit — — — Bewilligung vorbemeldten unseres Domcapitels von den jährlichen Intraden unserer Rente auf Lohneck dahier, soviel hierzu von Nöthen — — — —, wogegen Uns und Unsere Nachkommen am Erzstifte nichts schützen, und schirmen — — sollen einige Gnade, Privilegien, Freiheiten — —, noch andere Exceptionen — — — — — — — — — — — —. Wie denn Wir Uns deren allersammtlich — — begeben, vielmehr solle — — — auf bloßes Vorzeigen dieses Kapitalbriefes allerlei mandata poenalia, immissorialia, et executorialia — —, nach bestem Gutdünken der Gläubiger, derselben Nachfolgere und dieses Briefes getreuen Inhabern ausgewirket und denenselben — — Folge geleistet werden.

Alles getreulich und ohne Gefährde.

Dessen zu wahrer Urkund haben Wir diesen Schuldbrief eigenhändig unterschrieben, und mit unserem kurfürstlichen Insiegel bedrucken lassen. So geschehen Mainz den Siebenten Tag im Winter Monat, des Eintausend Siebenhundert und Achtzigsten Jahres. (1780).

Friedrich Carl J. Churfürst.

(L. S.)

Nr. 10.

Wir Clement August von Gottes Gnaden Ertzbischoff zu Cöllen — — — — — — —: Thuen kund für Uns und Unsere Nachkommen am Erzstift, gegen jedermänniglich bekennend: Nachdeme —, so haben Wir mit wohlbedachtem zeitigem Rath und einhelliger Verwilligung deren — — Dechant und Capitul Unserer Dombkirchen — — — von Unserem Amtsverwalther und Bürgermeisteren zu Andernach lieben getreuen Casparen Paffrath baar hierzu Sechstausendt Reichsthaler — — in Capitali zu Unserem, und Unseres Erzstifts oberwehnten kenntlich und merklichem Besten und Nutzen aufgenommen, und kraft dieses empfangen, von welch vorberührter Summ deren Sechstausendt Reichsthaler pr. 80 Albus Wir — — gemeldtem Unserem Amtsverwaltheren Paffrath, oder Halteren dieses Briefs — — geloben, und versprechen, von nun an all- und jeden Jahrs — auf den ersten Martii — — — mit zweyhundert vierzig Reichsthaler — — (doch nach jeden Jahres Termin vierzehn Tag unbefangen) — — von Uns aus Unseren Andernacher Zollgefällen (allenfalls aber, dahe solcher Unser Rheinzoll bei Kriegszeiten in feindliche Händ und Gewalt gerathen sollte, aus Unseren Erzstiftischen Kellnereyen, auch anderen Zollrenten, und sonstigen Gefällen (als welche solchenfalls in subsidium sowohl für die Hauptsumm, als jährliche Interesse ebenso, gleich der zum specialen und gesichteten Unterpfand hiermit einsetzender vorgedachter Unser Rheinzoll zu Andernach verhaftet seyn sollen) gütlich, und vollkommentlich gegen seine gebührliche Quittung frey, — — zu mehrbesagten Andernach so gesicherter bezahlen zu lassen, als sonsten bey hierin — — entstehendem solchem Verzug, das ein Jahr das andere ohnbezahlt erreichen würde, alsdann anstatt dieser 240 Reichsthaler, das ist: zu

vier proCent Wir und Unsere Nachkommen am Erzstift fünf dergleichen Reichsthaler proCent, und also Dreyhundert Reichsthaler für jedes Jahr zu zahlen schuldig und gehalten seyn sollen, — — — — — —, und solle an dieser Zahlung der vorberührten 240 Reichsthaler — — Uns oder Unsere Nachkommen nicht entschuldigen einiger Krieg, — — — — — — — — —, weßenthalben Wir — — verziehen auf alle Gnad, Freyheit, indulta, Exceptiones, und privilegia — — — — — — —, dazu auf alle andere alte, und neue Behendefünden und Auszüge, so Uns, und Unseren Nachkommen jetzo und hernachmals zum Besten, gedachtem Unserem Ambtsverwaltheren Paffrath, oder Halteren dieses Briefs zum Nachtheil gereichen mögten, wie Wir dann verzeihen hiemit, und Kraft dieses Briefs — — — —, wobey schließlich annoch verabschiedet und angelobet worden, auf den Fall des Creditoris Erben und Erbnehmen, oder rechtmäsige Haltere dieses Briefs eines Transfixi darüber bedorfften, daß solcher ihnen auf dessen Gesinnung ohnweiger und ganz ohnentgeltlich mitgetheilet, wie nicht weniger dieser Brief auf den Fall dessen Schadhaftwerdung oder gar entstehende Verlustigung ihnen gleichmäsig ohne einige Beschwerde, oder aufbürdende Kösten von neuem ohnaufhaltlich ausgefertiget werden solle — — — — — — —, doch halten Wir Uns gnädigst bevor, daß Wir — — welcher Zeit Uns das beliebet, die vorgemeldte Sechstausend Reichsthaler Capital — — — — — — in einer ohnzertheilter Summa Unserem mehrgemeldtem Ambtsverwalthern Paffrath oder Halteren dieses instrumenti wiederum ablegen, und zahlen mögen, doch daß solche Zahlung und Ablag vorgemeldtem Unserem Ambtsverwaltheren oder Halteren dieses Briefs ein halb Jahr zuvor — — aufgekündiget werde, gleich ihme auch solche Aufkündigung zu thuen — — ohnbenommen seyn solle, und er Unser Ambtsverwalther, oder Halter dieses Briefs bey Zahlung solcher Sechstausend Reichsthaler Hauptsummen — — an Uns und Unseren Nachkommen diesen gegenwärtigen Brief in Unserer Stadt Andernach hinwiederumb liefern, und nach aller Nothdurft von der Ablose quittiren, welches zu Urkund der Wahrheit Wir — — — — — — — — — — — — — — — — — — — u. s. w.

— — — — — — — — — — — — — — — — also geben in Unserer

Residenzstadt Bonn den Siebenzehnten Tag Monaths Aprilis des Eintausendt, Siebenhundert, fünfzig dritten Jahrs. (1753.)

Clement August Churfürst.

(L. S.) (L. S.)

Johann Henrich Pfandtler.

Nr. 11.

Wir Maximilian Friderich von Gottes Gnaden Erzbischof zu Cölln — — — — — — — — rc. Thuen hiemit jedermänniglichen kund — —: Demnach Wir mit den Erbgenossen Unseres längst verstorbenen Ambtsverwaltern zu Andernach Casparen Paffrath, in Betreff eines von selbigem — — im Jahr 1753 auf Unseren Zoll zu Andernach specialiter, auch allenfalls in subsidium auf Unsere sonstige Zölle, Kellnereyen, und Gefälle mit vorgängigen Rath und Einwilligung Unseres Würdigen Domkapitels hergeschossenen Capitalis von Sechstausend Reichsthaler pr. 80 Albus Misseln und Irrungen gehabt: mithin um aller Beunruhigungen dießerthalber entübrigt zu werden, dem Ehrsamen, Unserem Hofkammerrathen Joan Godfrid Mastiaux Lieben getreuen aufgetragen, und gnädigst verwilliget haben, dieses Capitale an sich zu bringen; derselbe dann auch solches unterm 2ten dieses den Erbg. Paffrath in Andernach baar obrukerlegt, folgsam diese beygehefftete Verschreibung de dato Bonn den 17ten April 1753 für sich eingelöset zu haben, mittels derselben Bescheinigung und gerichtlicher Urkund glaubhaft genugsam Uns vorgewiesen hat.

Daß Wir derohalben diese — — Verschreibung hiemit bestättigen, in deren Translation auf Unsern Hofkammerrathen Mastiaux, dessen Ehegattin Maria Anna gebohrne Pelzer, und ihre Erben ganz gern, und dergestalten verwilligen, daß mehrgedachte Verschreibung in ihren Kräfften verbleiben, und nur der effectus der Personen halber auf besagte Eheleuthe Mastiaux und Erben so fest und förmlich hiemit transferirt seyn solle, als ob diese Verschreibung auf sie von Anfang gestellet worden wäre.

Zu dessen Versicherung Wir den gegenwärtigen Transfix haben ausfertigen lassen. Urkund Unsers Hofkammerkanzlei Insiegels. Bonn

den 5ten April des Eintausend Siebenhundert Drey und siebenzigsten Jahrs. (1773.)

vt. Johann Ignatz Graf Wolff Metternich.

(L. S.)

A. Schulten.

Transfix der Paffrathischen Obligation
von 6000 Reichsth. pr. 80 Albus
aufm Zoll Andernach lautend
auf
Hofkammerrathen Mastiaux und dessen
Erben.

V.

Vertragsabschluß unter Abwesenden.

Von

Prof. v. Scheurl in Erlangen.

Eine erschöpfende und zusammenhängende Erörterung der mancherlei Streitfragen, welche in Beziehung auf die Abschließung von Verträgen unter Abwesenden immer noch obschweben, wird eben jetzt, wo diese Fragen für den Bereich des deutschen Handelsrechts, vorzugsweise von praktischen Gesichtspunkten aus, auf dem Wege der Gesetzgebung entschieden werden sollen, nicht müssig gefunden werden. Daß gerade ich damit hier auftrete, nachdem ich schon einmal (in meinen Beiträgen Bd. 1 S. 301 ff.) mich an diesem Gegenstand — etwas summarisch — versucht habe, wird allerdings nur unter der Bedingung Billigung finden können, daß es mir gelingen wird, diesmal richtigere und überzeugendere Ausführungen vorzulegen. Bei meinen Bemühungen zu diesem Zwecke hoffe ich, besonders dadurch gefördert worden zu sein, daß ich inzwischen aufmerksamer darauf geworden bin, wie wichtig es gerade bei Streitfragen dieser Art ist, sich nicht durch Schwierigkeiten, welchen die Anwendung von Rechtswahrheiten auf die so mannigfaltigen Erscheinungen des wirklichen Rechtslebens begegnet, an der Anerkennung dieser Rechtswahrheiten irre machen zu lassen. Ich verstehe unter einer Rechtswahrheit einen Satz, der mit logischer Nothwendigkeit aus den

ben, und zu versprechen, daß sie von dasigen Zoll Intraden ehender nichts an Unsere Kammer einige Zahlung thuen, — — — bevor Er Käufer dessen Erbnehmende oder rechtmäßige Inhabern dieses Briefs wegen solcher jährlicher Gült gänzlich satisfaciret und vergnügt seyn werden. Im Fall aber solcher Rheinzoll — — gehemmet worden, oder — — so sollen andere Unsere Rhein und Mainzölle in subsidium verhypotezirt seyn — — — —. Da nun Wir — — — — — — Uns säumig erzeigen thäten, So solle Er Käufer, seine Erbnehmende, und befugte Briefs Inhabern alsdann mit oder ohne Recht, nicht allein an mehr berührter Hypothek des Zolls Vilzbach, und in subsidium anderer Unserer Rhein- und Mainzöllen — — sondern auch an Unser Zahlamt — — — — sich zu erholen und bezahlt zu machen, guten Fug und Macht, und erlangtes Recht haben, worgegen Uns — — nicht schirmen noch schützen — — sollen, einige Gnad, privilegium, Freyheit, noch andere Exceptiones, — — — — — — — — — — — —; Denn Wir Uns deren allsammentlich — — hiermit begeben, vielmehr soll — — — — — — auf bloses Vorzeigen dieses Briefes allerley mandata paenalia und executorialia, — — nach besten Bedünken des Käufers, oder deßen Nachkommenden ausgewürket, und denenselben — — pariret werden, alles getreulich und ohne Gefährde; Urkundlich haben Wir gegenwärtige Kauf Verschreibung eigenhändig unterschrieben, und Unser Churfürstl. Canzlei Secret Insiegel wissentlichen anhangen laßen, anbei auch solche mit Unser würklichen Dhoms Capituls Consens und Sigil corroboriren lassen, geschehen Maintz den 1ten Juny 1730.

Unterschrieben

Franz Ludwig, Churfürst.

(L. S.)

Nr. 7.

Wir Johann Friedrich Carl von Gottes Gnaden, des h. Stuhls zu Mainz Erzbischoff, — — Thuen kund hiermit, und bekennen für Uns und Unsere Nachfahrer am Erzstift, daß — — — — — — — mit Wissen, Willen und Beståttigung sowohl, als unter ausdrücklichen Expromission — — Unserer — Dechand und Capitul, Unserer Domkirchen zu Mainz, Wir denen Wohlgebornen — — —, Unserm ge-

heimbden Rathen, und General-Vicario Georg Adam, Freiherrn von Fechenbach, sodann — — — Scholastern und Capitularn Constantin Anton Freiherrn von Ritter zu Grünstein, qua testamentariis der Hohenedkischen Verlassenschaft, auch rechtmäsigen Inn- und Theilhabern dieses Briefs verkaufet, und zu kaufen gegeben haben, thuen das auch hiermit wissentlich, und in Kraft dieses Briefs, die Summ von Vierhundert Zwanzig Gulden Frankfurter Währung — — — jährlichen Gült vor und um Zehen Tausend Fünfhundert Gulden jetzt gedachter Wehrung, welche Wir Uns — — — — von vorgemeldten Herrn Kauffern — — wohl haben liefferen — — — lassen, wofür Wir Sie Hrn. Kauffere, und dieses Briefs Inn- und Theilhabere hiermit in bester Form Rechtens — — — frei, quitt- und onansprüchlich zehlen.

Wir gereden demnach und versprechen — —, ihnen Herrn Kauffern, und dieses Briefs Inn- und daran Theilhabern dieses Uns vorgeliehene Capital deren Zehentausend Fünfhundert Gulden, so lang gegenwärtiger Krieg dauret, onablässig stehen, und die Zinnsen alljährlich mit Vierhundert Zwanzig Gulden richtig abtragen zu lassen, beide Theile dahingegen verbehaltende, nach geendigtem gegenwärtigen Krieg, das Capital anwiederum nach Gefallen aufkünden zu mögen — — — — — — — —; damit nun Sie Herrn Kauffere, und dieses Briefs Inn- und Theilhabere solcher erkauften jährlichen Renten deren Vierhundert Zwanzig Gulden sowohl, als des hergeschossenen Hauptgeldes deren Zehen Tausend Fünfhundert Gulden desto gewisser und sicherer seyn mögen, so verschreiben und verhypotheziren Wir Ihnen mit rechtem Vorbewußt Bewilligung, und unter Expromission vorgemeldten Unseres Dommkapituls von denen jährlichen Intraden Unseren Renten auf Loneck dahier soviel, als hierzu vonnöthen — — — — — — — — — — — —.

Gegen All obiges soll Uns — — nicht schirmen, und schützen, — — — — einige Gnade, Privilegien, Freiheiten, — — noch andere Exceptiones, — — — — — — — — — — — — — wie dann Wir Uns deren allersamtlich — — — begeben, vielmehr solle — auf blosses Vorzeigen dieses Briefs allerlei Mandata poenalia, immissorialia, und Executorialia — — nach bestem Gutdünken deren Herrn Kauffern, und dieses Briefs Inhabern ausgewürket, und denenselben — — Folge geleistet werden.

So geschehen zur St. Martinsburg in Unserer Residenzstadt

Mainz den zweiten Octobris Jahr Ein Tausend siebenhundert fünfzig neun. (1759.)

J. Friederich Carl Churfürst.

(L. S.)

Nr. 8.

Wir Emmerich Joseph von Gottes Gnaden, des heiligen Stuhls zu Mainz Ertzbischoff — — — — ꝛc. thun kund und bekennen für Uns und Unsere Nachfolgere am Erzstiffte: Demnach Unser nächster Herr Vorfahrer Kurfürst Johann Friderich Carl — — besag Schuldverschreibung vom 19ten September 1757 sich gemüßiget gesehen, — — — — — unter ausdrücklicher **Expromission** Unseres Domkapitels bei Unserem gewesenen Geheimen Rath und Kanzlei Directoren von Cunibert Dreizehntausend Gulden, sodann bei dem inmittelst auch verstorbenen ehemaligen Geheimenrath und Kammer Directoren von Strauß Siebentausend Gulden, mithin die Summe von Zwanzigtausend Gulden verzinnßlich aufzunehmen, dieselbe auch damalen von ihnen baar vorgeschossener erhalten, welches Kapital auf deren beiderseits erfolgtes Ableben voremelten Unseres gewesenen Geheimen Raths und Kanzlei Directoris von Cunibert nachgelassener Wittib zu dreizehntausend Gulden, dann Unserm Geistl. Rath und Fiscalen von Strauß zu Siebentausend Gulden auferstorben, sofort diese, als dermalige rechtmässige Briefs-Inn- und Theilhaber sich anerklärt haben, jenes auch ohne Vorbehalt der **Expromission** und lediglich unter dem gewöhnlichen Consens Unseres Domkapitels forthin stehen zu lassen: daß Wir gegen Rückempfang und Cassation der vorberegten Schuldverschreibung, solche mit Wissen, Willen und Beståttigung — — — Unserer — — Dechant und Capitul Unseres Domstifftes zu Mainz umschreiben, und die gegenwärtige — — — — ausfertigen lassen; Versprechen anbei — —, ermeltes Capital deren Zwanzigtausend Gulden bis zu dessen Wiederabzahlung alljährlich mit Vier vom Hundert zu verzinnsen, und diese jährliche Zinnsen — — — — in deren Creditoren oder derselben Bevollmächtigten Handen entrichten, wie nicht weniger bei der, ein oder dem andern Theil gefälligen Rückbezahlung (wozu jedem eine halbjährige Voraufkündigung ausdrücklich vorbehalten wird) sothanes Kapital nebst den etwa noch schuldigen

Zinnßen — — — — den Creditoribus oder derenselben hierzu genugsam Bevollmächtigten ohne Abgang abtragen zu lassen. Damit nun Sie Gläubigere, derenselben Erben, Briefs-Jnn- und Theilhabere des hergeschossenen Hauptgeldes deren Zwanzig Tausend Gulden sowohl als deren hiervon per Vier perCent jährlich mit achthundert Gulden fälliger Abzinnsen, (woran Unseres gewesenen Geheimen Raths und Kanzlei Directoris von Cunibert nachgelassener Wittib Fünfhundert und zwanzig Gulden, dann Unserem Geistl. Rath und Fiscalen von Strauß zweyhundert und achtzig Gulden gebühren) desto gesicherter sein mögen; so verschreiben und verunterpfänden Wir denenselben mit rechtem Vorbewußt und Bewilligung vorermelten Unseres Domkapitels von den jährlichen Intraden Unserer Rhente auf Lohneck dahier so viel als hiezu vonnöthen, — — — — — — — — —.
Dagegen nun solle Uns — — nichts schirmen und schützen, — — einige Gnade, Privilegien, Freiheiten, — —, noch andere Exceptionen — — — — — — — — — — — — — — — — — — —.
Wie dann Wir Uns deren allersammtlich — — — begeben, vielmehr solle — — — — auf bloßes Vorzeigen diesel Kapitalbriefes allerlei mandata poenalia, immissorialia et executorialia — — nach bestem Gutdünken deren Gläubigern, derenselben Nachfolgern, und dieses Briefes Jnn- und Theilhabern ausgewürket, und denselben — — stracke Folge geleistet werden, alles getreulich und ohne Gefährde; so geschehen zu St. Martinsburg in Unserer Residenz-Stadt Mainz den neunzehnten September Eintausend Siebenhundert drey und siebenzigsten Jahres. (1773.)

Emmerich Joseph Churfürst.

Nr. 9.

Wir Friedrich Karl Joseph von Gottes Gnaden des heiligen Stuhls zu Mainz Erzbischof — — — ꝛc. Thun kund und bekennen hiermit: —;
daß Wir zu gänzlicher Tilgung sothanen unserem Kriegszahl Amte mit 4 procent zu Last gelegenen Kapital und Zurückzahlung deren annoch hinterständig verbliebener Vierzehntausend Fünfhundert Gulden mit Wissen, Willen und Bestättigung deren — — Dechant und Kapitel unseres Domstiftes zu Mainz von der Verlassenschafts-Masse

weil. unseres nächsten Herrn Vorfahrers an der Kur, Kurfürsten Emerich Joseph piis: Mem: 14500 fl. Wir sprechen Vierzehn Tausend Fünfhundert Gulden frankfurter Währung, — — — — — — aufgenommen, fort gegen Aushändigung dieser unserer Schuldverschreibung baar vorgeschossenen erhalten haben, derohalben wir Dieselbe — der — — — — hiermitt quittiren und versprechen anbey — —, ermeltes Kapital deren Vierzehntausend Fünfhundert Gulden bis zu dessen Wiederabzahlung alljährlich mit Drei vom Hundert zu verzinsen, und diese jährliche Zinsen alle Jahr — — — — — allhier entrichten, somit nach Anleitung der letzwilliger Verordnung höchstgedachten unseres nächsten Herrn Vorfahrers an Dero fideicommiss-Erben oder in deren Bevollmächtigter Händen entrichten, wie nicht weniger das Kapital selbsten bei dessen Uns und Unseren Nachkommen am Erzstifte alleinig freistehender Aufkündigung nach Verlauf einer halbjährigen Frist, nebst den etwa noch schuldigen Zinsen — — — — der Fideicommissarischen Verlassenschaftsmasse oder derselben genugsam Bevollmächtigten und dieses Briefes getreuen Inhabern zu anderwärtiger dessen versicherter Wiederanlage ohne Abgang bezahlen und abtragen zu lassen.

Damit nun eben ersagte Fideicommissarische Verlassenschaftsmasse, Briefs In- oder Theilhabern des hergeschossenen Hauptgeldes deren Vierzehn Tausend Fünfhundert Gulden sowohl, als deren hiervon à Drei procent jährlich mit Vierhundert Dreissig Fünf Gulden fälliger Abzinsen desto gesicherter sein möge; So verschreiben und verunterpfänden Wir derselben mit — — — Bewilligung vorbemeldten unseres Domcapitels von den jährlichen Intraden unserer Rente auf Lohneck dahier, soviel hierzu von Nöthen — — — —, wogegen Uns und Unsere Nachkommen am Erzstifte nichts schützen, und schirmen — — sollen einige Gnade, Privilegien, Freiheiten — —, noch andere Exceptionen — — — — — — — — — — — — —. Wie denn Wir Uns deren allersammtlich — — begeben, vielmehr solle — — — auf bloßes Vorzeigen dieses Kapitalbriefes allerlei mandata poenalia, immissorialia, et executorialia — —, nach bestem Gutdünken der Gläubiger, derselben Nachfolgere und dieses Briefes getreuen Inhabern ausgewirket und denenselben — — Folge geleistet werden.

Alles getreulich und ohne Gefährde.

Dessen zu wahrer Urkund haben Wir diesen Schuldbrief eigenhändig unterschrieben, und mit unserem kurfürstlichen Insiegel bedrucken lassen. So geschehen Mainz den Siebenten Tag im Winter Monat, des Eintausend Siebenhundert und Achtzigsten Jahres. (1780).

Friedrich Carl J. Churfürst.

(L. S.)

Nr. 10.

Wir Clement August von Gottes Gnaden Erzbischoff zu Cöllen — — — — — — —: Thuen kund für Uns und Unsere Nachkommen am Erzstift, gegen jedermänniglich bekennend: Nachdeme —, so haben Wir mit wohlbedachtem zeitigem Rath und einhelliger Verwilligung deren — — Dechant und Capitul Unserer Dombkirchen — — — von Unserem Amtsverwalther und Bürgermeisteren zu Andernach lieben getreuen Casparen Paffrath baar hierzu Sechstausendt Reichsthaler — — in Capitali zu Unserem, und Unseres Erzstifts oberwehnten kenntlich und merklichem Besten und Nutzen aufgenommen, und kraft dieses empfangen, von welch vorberührter Summ deren Sechstausendt Reichsthaler pr. 80 Albus Wir — — gemeldtem Unserem Amtsverwaltheren Paffrath, oder Halteren dieses Briefs — — geloben, und versprechen, von nun an all und jeden Jahrs — auf den ersten Martii — — — mit zweyhundert vierzig Reichsthaler — — (doch nach jeden Jahres Termin vierzehn Tag unbefangen) — — von Uns aus Unseren Andernacher Zollgefällen (allenfalls aber, dahe solcher Unser Rheinzoll bei Kriegszeiten in feindliche Händ und Gewalt gerathen sollte, aus Unseren Erzstiftischen Kellnereyen, auch anderen Zollrenten, und sonstigen Gefällen (als welche solchenfalls in subsidium sowohl für die Hauptsumm, als jährliche Interesse ebenso, gleich der zum specialen und gesichteten Unterpfand hiermit einsetzender vorgedachter Unser Rheinzoll zu Andernach verhaftet seyn sollen) gütlich, und vollkommentlich gegen seine gebührliche Quittung frey, — — zu mehrbesagten Andernach so gesicherter bezahlen zu lassen, als sonsten bey hierin — — entstehendem solchem Verzug, das ein Jahr das andere ohnbezahlt erreichen würde, alsdann anstatt dieser 240 Reichsthaler, das ist: zu

vier proCent Wir und Unsere Nachkommen am Erzstift fünf dergleichen Reichsthaler proCent, und also Dreyhundert Reichsthaler für jedes Jahr zu zahlen schuldig und gehalten seyn sollen, — — — — — —, und solle an dieser Zahlung der vorberührten 240 Reichsthaler — — Uns oder Unsere Nachkommen nicht entschuldigen einiger Krieg, — — — — — — — — —, weßenthalben Wir — — verziehen auf alle Gnad, Freyheit, indulta, Exceptiones, und privilegia — — — — — — — —, dazu auf, alle andere alte, und neue Behendefünden und Auszüge, so Uns, und Unseren Nachkommen jetzo und hernachmals zum Besten, gedachtem Unserem Ambtsverwaltheren Paffrath, oder Halteren dieses Briefs zum Nachtheil gereichen mögten, wie Wir dann verzeihen hiemit, und Kraft dieses Briefs — — — —, wobey schließlich annoch verabschiedet und angelobet worden, auf den Fall des Creditoris Erben und Erbnehmen, oder rechtmäsige Haltere dieses Briefs eines Transfixi darüber bedorfften, daß solcher ihnen auf dessen Gesinnung ohnweiger und ganz ohnentgeltlich mitgetheilet, wie nicht weniger dieser Brief auf den Fall dessen Schadhaftwerdung oder gar entstehende Verlustigung ihnen gleichmäsig ohne einige Beschwerde, oder aufbürdende Kösten von neuem ohnaufhaltlich ausgefertiget werden solle — — — — — — — —, doch halten Wir Uns gnädigst bevor, daß Wir — — welcher Zeit Uns das beliebet, die vorgemeldte Sechstausend Reichsthaler Capital — — — — — — in einer ohnzertheilter Summa Unserem mehrgemeldtem Ambtsverwalthern Paffrath oder Halteren dieses instrumenti wiederum ablegen, und zahlen mögen, doch daß solche Zahlung und Ablag vorgemeldtem Unserem Ambtsverwaltheren oder Halteren dieses Briefs ein halb Jahr zuvor — — aufgekündiget werde, gleich ihme auch solche Aufkündigung zu thuen — — ohnbenommen seyn solle, und er Unser Ambtsverwalther, oder Halter dieses Briefs bey Zahlung solcher Sechstausend Reichsthaler Hauptsummen — — an Uns und Unseren Nachkommen diesen gegenwärtigen Brief in Unserer Stadt Andernach hinwiederumb liefern, und nach aller Nothdurft von dev Ablose quittiren, welches zu Urkund der Wahrheit Wir — — — — — — — — — — — — — — — — — — — u. s. w.

— — — — — — — — — — — — — — — — — — also geben in Unserer

Residenzstadt Bonn den Siebenzehnten Tag Monaths Aprilis des Eintausendt, Siebenhundert, fünfzig dritten Jahrs. (1753.)

Clement August Churfürst.

(L. S.) (L. S.)

Johann Henrich Pfandtler.

Nr. 11.

Wir Maximilian Friderich von Gottes Gnaden Erzbischof zu Cöllen — — — — — — — ꝛc. Thuen hiemit jedermänniglichen kund — —: Demnach Wir mit den Erbgenossen Unseres längst verstorbenen Ambtsverwaltern zu Andernach Casparen Paffrath, in Betreff eines von selbigem — — im Jahr 1753 auf Unseren Zoll zu Andernach specialiter, auch allenfalls in subsidium auf Unsere sonstige Zölle, Kellnereyen, und Gefälle mit vorgängigen Rath und Einwilligung Unseres Würdigen Domkapitels hergeschossenen Capitalis von Sechstausend Reichsthaler pr. 80 Albus Misseln und Irrungen gehabt: mithin um aller Beunruhigungen dießerthalber entübrigt zu werden, dem Ehrsamen, Unserem Hofkammerrathen Joan Godfrid Mastiaux Lieben getreuen aufgetragen, und gnädigst verwilliget haben, dieses Capitale an sich zu bringen; derselbe dann auch solches unterm 2ten dieses den Erbg. Paffrath in Andernach baar obrukerlegt, folgsam diese beygeheffteте Verschreibung de dato Bonn den 17ten April 1753 für sich eingelöset zu haben, mittels derselben Bescheinigung und gerichtlicher Urkund glaubhaft genugsam Uns vorgewiesen hat.

Daß Wir derohalben diese — — Verschreibung hiemit bestättigen, in deren Translation auf Unsern Hofkammerrathen Mastiaux, dessen Ehegattin Maria Anna gebohrne Pelzer, und ihre Erben ganz gern, und dergestalten verwilligen, daß mehrgedachte Verschreibung in ihren Kräfften verbleiben, und nur der effectus der Personen halber auf besagte Eheleuthe Mastiaux und Erben so fest und förmlich hiemit transferirt seyn solle, als ob diese Verschreibung auf sie von Anfang gestellet worden wäre.

Zu dessen Versicherung Wir den gegenwärtigen Transfix haben ausfertigen lassen.. Urkund Unsers Hofkammerkanzlei Insiegels. Bonn

den 5ten April des Eintausend Siebenhundert Drey und siebenzigsten Jahrs. (1773.)

vt. Johann Ignatz Graf Wolff Metternich.

(L. S.)

A. Schulten.

Transfix der Paffrathischen Obligation
von 6000 Reichsth. pr. 80 Albus
aufm Zoll Andernach lautend
auf
Hoffkammerrathen Mastiaux und dessen
Erben.

V.

Vertragsabschluß unter Abwesenden.

Von

Prof. v. Scheurl in Erlangen.

Eine erschöpfende und zusammenhängende Erörterung der mancherlei Streitfragen, welche in Beziehung auf die Abschließung von Verträgen unter Abwesenden immer noch obschweben, wird eben jetzt, wo diese Fragen für den Bereich des deutschen Handelsrechts, vorzugsweise von praktischen Gesichtspunkten aus, auf dem Wege der Gesetzgebung entschieden werden sollen, nicht müssig gefunden werden. Daß gerade ich damit hier auftrete, nachdem ich schon einmal (in meinen Beiträgen Bd. 1 S. 301 ff.) mich an diesem Gegenstand — etwas summarisch — versucht habe, wird allerdings nur unter der Bedingung Billigung finden können, daß es mir gelingen wird, diesmal richtigere und überzeugendere Ausführungen vorzulegen. Bei meinen Bemühungen zu diesem Zwecke hoffe ich, besonders dadurch gefördert worden zu sein, daß ich inzwischen aufmerksamer darauf geworden bin, wie wichtig es gerade bei Streitfragen dieser Art ist, sich nicht durch Schwierigkeiten, welchen die Anwendung von Rechtswahrheiten auf die so mannigfaltigen Erscheinungen des wirklichen Rechtslebens begegnet, an der Anerkennung dieser Rechtswahrheiten irre machen zu lassen. Ich verstehe unter einer Rechtswahrheit einen Satz, der mit logischer Nothwendigkeit aus den

feststehenden Rechtsgrundsätzen folgt, oder, um mit den Römischen Juristen zu reden, der ratio juris gemäß ist. Daß ein solcher Satz in der Rechtsanwendung zuweilen unbefriedigende, dem Billigkeitsgefühl widerstrebende Wirkungen hervorbringt, kann nicht ausbleiben. Darin sollte dann aber nur ein Grund dafür gefunden werden, daß die auctoritas constituentium, die zu freiem Eingreifen befugte und berufene gesetzgeberische Thätigkeit nachhelfe und propter utilitatem ein jus singulare contra tenorem rationis schaffe. Keineswegs aber sollte man sich dadurch verleiten lassen, die im einzelnen Fall als unbequem sich darstellende Rechtswahrheit selbst zu verkennen. Gerade dadurch leistet auch die Rechtswissenschaft dem Gesetzgeber den besten Dienst, daß sie, wenn ich so sagen darf, ihrerseits „bei der Stange bleibt,“ unbeirrt durch die praktischen Schwierigkeiten, darlegt, was der ratio juris gemäß sei, und so den Gesetzgeber in den Stand setzt, mit klarem Bewußtsein für ein den Bedürfnissen des Lebens nachgebendes jus singulare als für ein von der ratio juris abweichendes sich zu entscheiden. Und auch für die Gesetzesanwendung ist es von nicht geringem Belang, zu wissen, was man im Gesetz als Rechtswahrheit, was als freie Abweichung davon anzusehen habe. Ist das Alles, wie ich überzeugt bin, richtig, so liegt es mir zunächst nur ob, zu ermitteln, was hinsichtlich jener Streitfragen aus anerkannten Rechtsgrundsätzen mit innerer Nothwendigkeit folgt. Daß die Rechtssätze, welche sich uns hierbei ergeben werden, in gewissen Fällen der Anwendung als unbillig erscheinen, werde ich zugestehen können, ohne deshalb die Zweifelhaftigkeit ihrer Wahrheit einräumen zu müssen. Es wird sich nur fragen, wie in solchen Fällen die Gesetzgebung am zweckmäßigsten die Strenge der Rechtslogik mildern solle.

Die Aufgabe, um die es sich im Folgenden handelt, besteht in der Hauptsache darin, zu ermitteln, wodurch die Willenseinigung (der consensus) zwischen den Abwesenden zu einer vollendeten Thatsache werde; denn darin besteht die Bedeutung des Vertragsabschlusses. Ist dieses ermittelt, so ist damit zugleich von selbst der Ort und die Zeit gefunden, worein der Vertragsabschluß zu verlegen ist; denn es ist dieses der Ort und die Zeit, worin das vorgeht, was die Willenseinigung zur vollendeten Thatsache macht. Von dieser Zeit an ist die Fortdauer oder Nichtfortdauer des im Antrag ausgesprochenen Willens ganz gleichgültig, ist insbesondere jede Willensänderung auf beiden Seiten rechtlich ausgeschlossen, insofern sie nicht als einseitiger Rücktritt vom geschlossenen Vertrage gestattet ist. Bis zu dieser Zeit dagegen ist die Fortdauer, d. h. das fortwährende rechtliche Dasein des im Antrag ausgesprochenen Willens Bedingung der Wirksamkeit der Einwilligung, und steht beiden Theilen jede Willensänderung frei; nur gilt es auch hier dann wieder zu ermitteln, was dazu gehöre, um jenem Willen sein *rechtliches* Dasein *für den Adressaten* zu entziehen, und um eine Willensänderung des Offerenten zur *vollendeten* Thatsache zu gestalten, weil sie (abgesehen von einseitig frei stehender Aufhebung des geschlossenen Vertrags) nur dann rechtliche Wirkung haben kann, wenn sie vor jenem Zeitpunkt zur vollendeten Thatsache geworden ist. —

Gehen wir nun

I.

näher auf die Frage ein: *wodurch wird die Willenseinigung unter Abwesenden zu einer vollendeten Thatsache?*

Der Wille des Offerenten wird dem Abwesenden, mit welchem es zwischen ihm und dem Offerenten zur Willens-

einigung kommen soll, durch den von diesem empfangenen Antrag kund. Er hat sich nun zu überlegen und zu entschließen, ob er diesen Willen zu dem seinigen machen will, oder nicht. Wenn er den ersteren Entschluß gefaßt hat, so besteht alsdann, vorausgesetzt, was wir einstweilen voraussetzten, daß der Wille des Offerenten auch jetzt noch, für den Empfänger des Antrags wenigstens, rechtliches Dasein habe, zwischen Beiden eine wirkliche Willensübereinstimmung; aber noch nicht als vollendete rechtliche Thatsache; es ist dazu jedenfalls erst noch eine Aeußerung des einwilligenden Entschlusses erforderlich, die ihn sinnlich wahrnehmbar macht; denn nur das sinnlich Wahrnehmbare ist für das Recht wirklich vorhanden. Dieß ist unbestritten und in der That unbestreitbar; fraglich ist nur, ob jede Aeußerung des einwilligenden Entschlusses, die ihn zu einem überhaupt sinnlich wahrnehmbaren macht, hinreicht, oder ob etwas und was weiter erforderlich ist, um die Thatsache der Willenseinigung für das Recht zu einer vollendeten Thatsache zu machen?

Das Extrem der hierüber möglichen Meinungen besteht darin, es sei dazu nothwendig, daß die Willenseinigung dem Offerenten zum Bewußtsein gekommen sei, daß er die Einwilligung des Adressaten in seinen Antrag erfahren habe.

Zuvörderst wird nun leicht zu zeigen sein, daß dieses wenigstens nicht für solche Verträge gelten könne, bei welchen obligatio re contrahitur. Daß, wenn ich von freien Stücken einem Abwesenden ein Buch schicke, um es zu lesen, oder ein Pfand, um darin eine materielle Sicherung für eine Forderung zu besitzen, oder eine Sache, um sie für mich in seine Obhut zu nehmen und er den Gegenstand zu diesem Behuf an sich nimmt, daß dadurch sofort ein Commodat, ein contractus pigneraticius, ein Depositum zum Abschluß kommt, ohne daß ich und bevor ich die Annahme des überschickten Ge-

genstands erfahre, wird und kann Niemand bestreiten. Nur für Consensualcontrakte ist jene Meinung denkbar, und auch von diesen wird sofort wieder das Mandat ausgenommen werden müssen; denn auch bei diesem wird doch wohl Niemand bezweifeln, daß die stillschweigende Uebernahme des empfangenen Auftrags die mandati obligatio contrahire, ohne daß sie der Mandant zu erfahren brauche. Schon diese nothwendige bedeutende Einschränkung der fraglichen Meinung, und es wäre leicht, zu zeigen, daß eine noch größere unumgänglich ist, muß an ihrer Haltbarkeit sehr zweifelhaft machen.

Wie steht es aber mit ihrer inneren Begründung? Sie besteht darin, daß der consensus nur dann wahrer consensus sei, wenn er beiden Theilen bewußt, nicht, wenn er für den einen Theil, den Offerenten noch ein unbewußter sei. Aber diese Täuschung, als ob die Willenseinigung für den Offerenten so lange eine unbewußte sei, als er die Einwilligung des Adressaten in seinen Vorschlag nicht erfahren habe, ist leicht zu heben. Wenn durch die in meiner Abwesenheit erfolgende Annahme eines von mir einem Andern gemachten Vorschlags eine Willensübereinstimmung zwischen uns bewirkt wird, so lag ja diese Willensübereinstimmung, schon als ich den Vorschlag machte, in meinem Willen und also auch in meinem Bewußtsein; es wird dadurch nur zu einem Gegenwärtigen und Wirklichen, was mein Bewußtsein als etwas Zukünftiges und blos Mögliches in sich trug; bewußtlos werde ich in ein Verhältniß, das ich zum Voraus mir gedacht und gewollt habe, nicht versetzt, wenn auch durch die Art und Weise meiner Versetzung in dasselbe mein Gedanke und Wunsch ohne mein gleichzeitiges Wissen davon verwirklicht wird.

Noch leichter ist diese Ansicht zu widerlegen, wenn sie die Gestalt annimmt, daß wenigstens bei Verträgen, in

welchen die Einwilligung in den Antrag ein Versprechen in sich schließt, dieses doch deshalb erst dem Proponenten kund werden müsse, um von ihm angenommen werden zu können. Denn hierauf genügt einfach die Erwiederung, daß in der Proposition eine eventuelle Annahme des Versprechens enthalten sei.

Indessen findet sich für jene Meinung, daß die Einwilligung erst dann ein Vertragsverhältniß bewirke, wenn sie dem andern Theil bekannt geworden sei, eine scheinbare Bestätigung im Römischen Recht, nach welchem bei der Stipulation auch der Stipulator nicht taub sein durfte, um die Promission hören zu können: exaudire invicem debent, sagt L. 1 pr. D. de V. O. (45, 1). Es liegt der Gedanke nahe, daß nur das Erforderniß des beiderseitigen Hörens der Stipulation eigenthümlich, das gegenseitige Vernehmen der übereinstimmenden Willenserklärungen aber ein allgemeines, auch für formlose Verträge, insbesondere unter Anwesenden, geltendes Erforderniß des Römischen Rechts sei. Dieser Schluß von der Stipulation auf den Vertrag überhaupt ist aber keineswegs so bündig, als er es zu sein scheint.

Das Wesen der Stipulationsform besteht darin, daß sie ein Austausch von Worten ist, die beide Theile mündlich an einander richten. Mit einem Tauben ist ein Austausch dieser Art nicht möglich; das an ihn gerichtete mündliche Wort ist vergeblich, die mündliche promissio an einen Tauben ist als solche inutilis, ein nutzloses Wort; darum ist auch die stipulatio dann überhaupt inutilis; sie ist ja ein formelles Geschäft, dessen Wirksamkeit eben ganz auf genauer Erfüllung der Formerfordernisse beruht.

Wenn man diese Meinung aufgibt, daß zum Vertragsabschluß Bewußtsein des Offerenten von der wirklich erfolgten Willenseinigung erforderlich sei, so können alle weiteren Zweifel sich nur auf diejenigen Fälle beziehen, in welchen der Ver-

trag durch eine ausdrückliche Einwilligungserklärung abgeschlossen werden soll. Denn wo es feststeht, daß er durch eine stillschweigende Einwilligung zum Abschluß kommen kann, ist es dann nicht fraglich, daß die Thatsache, in welcher die stillschweigende Erklärung der Einwilligung liegt, an und für sich es ist, wodurch die Willenseinigung zur vollendeten Thatsache wird. Die nächste Frage wird daher für uns die sein, wann bei formlosen Verträgen unter Abwesenden — und nur von solchen sprechen wir hier — eine ausdrückliche Erklärung der Einwilligung erforderlich, wann eine stillschweigende hinreichend sei? Wir wollen dabei von den Verträgen, bei welchen obligatio re contrahitur, absehen; denn daß bei diesen eine ausdrückliche Einwilligungserklärung überflüssig sei, haben wir schon oben als zugestanden angenommen. Es bleiben uns dann die übrigen — im heutigen Recht freilich höchst mannigfaltigen Consensualverträge übrig, unter welchen für unsere Frage zunächst der Unterschied von Belang ist, daß es sich dabei entweder um reine Annahme eines Versprechens (z. B. eines Schenkungsversprechens oder des Versprechens einer unentgeldlichen Dienstleistung) oder zugleich, auch wohl allein, um Leistung eines angesonnenen Versprechens von Seiten des Adressaten handelt.

Bei den Verträgen der ersteren Art wird offenbar regelmäßig stillschweigende Einwilligung hinreichen. Der Offerent wird nur im Fall der Nichteinwilligung eine ausdrückliche Erklärung des Adressaten erwarten; er wird die Annahme seines Antrags für das Wahrscheinlichere ansehen, als die Ablehnung; er wird sich selbst für gebunden halten, wenn er nicht umgehend eine ablehnende Antwort erhalten hat; er wird, wenn er den Antrag nicht selbst in fragender Form gemacht hat, das Schweigen des Adressaten zu demselben, d. h. die

Thatsache, daß derselbe nicht sofort ablehnte, als das Moment der Vertragsabschließung gelten lassen müssen.

Bei Verträgen der zweiten Art wird ebenso jedenfalls eine Handlung, durch welche unzweideutig das angesonnene Versprechen oder Gegenversprechen antragsmäßig erfüllt, wenigstens dessen Erfüllung begonnen wird, als stillschweigende Einwilligungserklärung zu gelten haben, und die Willenseinigung sofort zur vollendeten Thatsache machen, so daß dann eine nachfolgende wörtliche Erklärung an den Offerenten nur noch die Bedeutung einer Benachrichtigung desselben von dem bereits erfolgten Vertragsabschlusse hat. Ein Versprechen mit Worten zu geben, ist nicht mehr nöthig, wenn man bereits wenigstens angefangen hat, in's Werk zu setzen, was versprochen werden sollte. Eine sonstige stillschweigende Erklärung des Einverstandenseins mit dem Antrag kann hier aber nicht als Vertragsabschluß gelten, weil sie die Stelle eines Versprechens nicht vertreten kann.

Wo nun aber der Adressat seine Einwilligung ausdrücklich erklären soll, oder freiwillig es vorzieht, gerade durch eine ausdrückliche, wörtliche Erklärung seiner Einwilligung den Vertrag abzuschließen, da entsteht zunächst die Frage, ob hiezu eine Erklärung an Dritte, die nicht Mittelspersonen zwischen ihm und dem Offerenten sein sollen, genügen kann, oder ob es nothwendig eine an den Offerenten selbst gerichtete Erklärung sein muß?

Wo schon die Unterlassung einer ablehnenden Erklärung an den Offerenten als stillschweigende Einwilligung zu gelten hat, ist die ausdrückliche Erklärung derselben gegen einen Dritten nicht sowohl unzureichend, als vielmehr überflüssig. Wo aber die Acceptation die Bedeutung eines Versprechens an den Offerenten in sich schließen soll, kann auch die bestimmteste Erklärung des Entschlusses, den Antrag anzunehmen, zum

Vertragsabschlusse nicht hinreichen. Denn ein Versprechen kann nur dadurch gegeben werden, daß es dem gegeben wird, welchem damit versprochen werden soll. Die Erklärung an den Dritten, den Antrag annehmen zu wollen, würde allerdings die Erklärung der Absicht in sich schließen, den Willen des Offerenten zu erfüllen. Aber auch die bestimmteste Verheißung, einem Andern etwas zu leisten, ist nur dann ein Versprechen, wenn sie gegen diesen selbst, d. h. gegen ihn in eigner Person oder gegen einen Stellvertreter desselben ausgesprochen wird. Es kann auch bei einer Vertragsabschließung unter Gegenwärtigen vorkommen, daß der Offerent, nachdem er den Antrag gemacht hat, sich entfernt, um dem andern Theil Bedenkzeit zu geben, daß dieser aber den Entschluß, den Antrag anzunehmen, eher faßt, als der Offerent zurückkommt, und vielleicht gern den Vertrag sogleich zum Abschluß bringen möchte. Gewiß wird er das aber nicht durch eine bloße Bezeugung dieses seines Entschlusses an einen beliebigen Dritten bewirken können, sondern er wird die Rückkehr des Offerenten abwarten müssen, um ihm seine einwilligende Antwort geben zu können, wenn diese ein Versprechen zu enthalten hatte, und er nicht inzwischen durch Beginn mit der Erfüllung desselben den Vertrag stillschweigend zum Abschluß bringen konnte.

Man möchte vielleicht einwenden, die Möglichkeit des Vertragsabschlusses durch stillschweigende Erklärung der Einwilligung beweise, daß es für den Vertragsabschluß nur auf rechtliche Gewißheit des consensus ankomme, diese könne aber auch durch Erklärung der Acceptation des Antrags gegen einen beliebigen Dritten hergestellt werden, wenn diese nur ausdrücklich und bestimmt den Entschluß, zu acceptiren, bezeuge; also müsse dieselbe auch um so mehr für genügend zum Vertragsabschlusse angesehen werden, als ja doch auch bei der

stillschweigenden Einwilligungserklärung die Leistung eines Versprechens an den Offerenten unterbleibe. Allein diese Argumentation wäre nicht richtig. Die stillschweigende Einwilligungserklärung hat immer die Bedeutung einer Erklärung an den Proponenten; die negative oder positive Handlung, worin sie besteht, ist immer eine auf den Proponenten sich beziehende Handlung; was durch sie stillschweigend erklärt wird, ist in der That, indem es mittelst einer Handlung, die eine bestimmte Richtung auf den Proponenten hat, eine stillschweigend an ihn gerichtete Erklärung. Gerade hieraus folgt also auch, daß die ausdrückliche Einwilligungserklärung nur an den Offerenten gerichtet werden kann, wenn durch sie die Willenseinigung zur vollendeten rechtlichen Thatsache werden soll. Es kommt aber zu dem Allen noch der Grund, daß überhaupt zur Kundgebung eines Willens, dessen Inhalt darin besteht, sich unmittelbar in eine gewisse rechtliche Beziehung zu einem bestimmten Andern zu versetzen, insbesondere ihn beim Wort zu halten — und das ist der Hauptinhalt des Acceptationsentschlusses — die bloße wörtliche Erklärung an einen extraneus ein ungeeignetes, mit dem Zwecke in Widerspruch stehendes Mittel ist.

Was gehört aber — das ist nun die weitere Frage — zur Vollendung einer Willenserklärung an einen Abwesenden? Genügt es dazu, daß die an den Abwesenden zu richtenden Worte vollständig niedergeschrieben oder einem Boten, der sie ausrichten soll, vorgesagt seien, oder muß der Brief oder Bote auch abgesandt, oder schon vom Aufenthaltsorte des Urhebers der Willenserklärung abgegangen, oder gar etwa schon bei dem, für welchen die Erklärung bestimmt ist, angelangt sein, damit von Vollendung der Willenserklärung an den Abwesenden geredet werden könne?

Ich habe früher (in meinen Beiträgen Bd. 1 S. 307 fg.)

darzuthun versucht, daß zur Vollendung der Willenserklärung an einen Abwesenden das Gelangen derselben an ihn gehöre. Dieses erkenne ich jetzt für einen Irrthum, der auf der Nichtbeachtung des Unterschieds zwischen der Erklärung selbst, und ihrer Uebermittelung an den, an welchen sie gerichtet ist, beruhte. Nur bei der Abschließung von Verträgen unter Abwesenden durch einen von dem Offerenten zugleich zur Ueberbringung des Antrags und zur Empfangnahme der Antwort abgesendeten Boten fällt Beides zusammen; denn in einem solchen Boten empfängt der Offerent die demselben gegebene Antwort selbst; die an den Boten gerichtete Annahmeerklärung wird also an den Offerenten eben dadurch übermittelt, daß sie an den Boten gerichtet wird. Bei der Abschließung durch Briefe aber, wie auch durch einen nicht vom Offerenten zur Empfangnahme der Antwort beauftragten Boten, fällt Beides aus einander. Die Handlung der Annahmeerklärung besteht hier im Schreiben des zur Absendung an den Offerenten bestimmten Briefs, oder in der Informirung des Boten. Hierauf kann dann eine Reihe von Thätigkeiten folgen, welche sämmtlich den Zweck haben, den Offerenten von der erfolgten Annahme seines Antrags zu benachrichtigen. Diese gehören nicht mehr zur Annahmeerklärung selbst, sondern nur zu ihrer Uebermittelung an den Offerenten. Doch wird allerdings die Annahmeerklärung zu einer Erklärung an den Offerenten nur dadurch, daß der Acceptant auch noch thut, was von seiner Seite zur Uebermittelung der Erklärung an den Offerenten erforderlich ist. Wenn er aber nur gethan hat, was ohne nicht vorherzusehende besondere Umstände hinreichend ist, um die Uebermittelung an den Offerenten zu bewirken, so hat er dadurch die Annahmeerklärung auch als Erklärung an den Offerenten vollendet, und also auch den Vertrag mit ihm abgeschlossen. Damit, daß der Acceptant den

Brief Jemanden zur Absendung an den Offerenten eingehändigt oder den Boden beauftragt hat, sich auf den Weg zu diesem zu machen, hat er seine Annahme an den Offerenten erklärt und den Vertrag mit ihm eingegangen. Es kann vorkommen, daß er theilweise selbst die Uebermittlung besorgen will, indem er z. B. den Brief an den Offerenten auf eine Reise mitnimmt, welche er in der Richtung auf den Aufenthaltsort des Letztern macht, um ihn unterwegs zur Post zu geben. Dann gibt er gewissermaßen den Brief sich selbst zur Absendung, beauftragt mit derselben sich selbst; die Annahmeerklärung an den Offerenten ist hier durch das Mitnehmen des zur Absendung an den Offerenten bestimmten Briefs auf die Reise vollendet. Die wesentlichen Ergebnisse der bisherigen Ausführungen kann ich in folgende Sätze zusammenfassen:

1) Ein Vertrag unter Abwesenden kommt durch die Einwilligungserklärung des Adressaten in den Antrag des Offerenten zu Stande.

2) Sofern diese stillschweigend erfolgt, kommt der Vertrag durch die negative oder positive Handlung zu Stande, aus welcher auf die Einwilligung zu schließen ist.

3) Sofern die Einwilligungserklärung eine ausdrückliche sein soll, muß sie an den Offerenten gerichtet werden, und gilt dann als solche für vollendet durch den ersten Schritt zu ihrer Uebermittlung an den Offerenten.

II.

Nur dann aber wird durch die Einwilligungserklärung des Adressaten der Vertrag geschlossen, wenn für diesen zur Zeit der vollendeten Einwilligungserklärung der im Antrag kundgegebene Wille noch rechtliches Dasein hat.

Was kann in der Zwischenzeit diesem Willen

sein rechtliches Dasein für den Adressaten entziehen?

Der Wille des Offerenten erhält dadurch, daß er die Gestalt eines Antrags an den Abwesenden annimmt, mit welchem der Offerent contrahiren will, ein äußeres und insofern selbstständiges Dasein. Er kann im Offerenten schlechthin aufhören, oder sich ändern, und gleichwohl die Acceptation des Adressaten noch die rechtliche Bedeutung einer wirklichen Einwilligung haben, weil diese ihn in seiner Verkörperung zum Antrag ergreift, und er in dieser rechtlich noch fortbesteht, während er im Inneren des Offerenten nicht mehr fortdauert. Das rechtliche Dasein des mittelst der Offerte erklärten Willens im Augenblick der Acceptation ist also ebensowohl von seinem gegenwärtigen inneren Dasein im Offerenten, als von seinem äußerlichen Dasein in der schriftlichen, dem Adressaten vorliegenden Offerte zu unterscheiden. Nur auf dieses sein rechtliches Dasein im Zeitpunkt der Einwilligungserklärung kommt es an: das also ist die Frage, was in der Zwischenzeit zwischen dem gemachten Antrag und der erklärten Einwilligung das rechtliche Dasein des in jenem geäußerten Willens des Offerenten aufzuheben vermag?

Vor Allem kann das nun der bloße Zeitablauf sein.

Der Wille, mit einem Abwesenden einen Vertrag einzugehen, ist immer seinem Inhalte nach ein zeitlich beschränkter Wille. Niemals hat man bei einer Vertragsofferte die Absicht, sich für immer, sondern nur die, sich für jetzt zur Eingehung des bestimmten Vertrags mit dem Adressaten bereit zu erklären. Welches Zeitquantum dieses „jetzt" umfassen solle, kann der Offerent selbst bei der Offerte ausdrücklich und dann ganz willkürlich bestimmen; aber auch wenn er dies zu thun unterläßt, versteht es sich von selbst, daß die Offerte nur für eine bestimmte kurze Zeit gemacht wird; für eine wie lange,

muß sich stets aus den besonderen äußeren Umständen mit Sicherheit ermitteln lassen, wo nicht für gewisse Verträge gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich eine allgemeingültige praesumtio juris besteht. Der Ablauf dieser Zeit entzieht von selbst dem Antrag die rechtliche Bedeutung, durch Acceptation so ergriffen zu werden, daß dadurch von selbst und unbedingt ein Vertrag zu Stande käme. Sofern es denkbar ist, daß der Offerent seinem an sich kraftlos gewordenen Antrag vermöge freien Entschlusses doch noch treu bleiben will, bewirkt die Acceptation nach jenem Zeitpunkt ein schwebendes Verhältniß; jenachdem der Offerent sie freiwillig als Vertragsabschluß anerkennt, oder nicht, ist dadurch das Vertragsverhältniß als entstanden oder nicht entstanden zu betrachten. Es ist dadurch eine bedingte Vertragsabschließung erfolgt, unter der Bedingung nämlich, daß der Offerent, wenn er die Acceptation erfährt, zu erkennen giebt, daß er seinen Antrag als stillschweigend erneuert wolle gelten lassen. Der Acceptant ist gehalten, diese Entscheidung abzuwarten; die Ablehnung des Offerenten, seine Acceptation als solche anzuerkennen, macht ebenso den acceptirenden Adressaten rückwärts frei, als in diesem Falle für den Offerenten selbst es als entschieden gelten muß, daß die verspätete Acceptation ihn nie gebunden hat. Aber auch er wird durch sie rückwärts gebunden, wenn er sie einfach annimmt, also auch durch bloßes Schweigen zu derselben; sie müßte denn so sehr verzögert worden sein, daß vernünftigerweise seine Annahme derselben gar nicht mehr zu erwarten war.

Daß die bloße Willensänderung im Innern des Offerenten an sich kein Hinderniß des Vertragsabschlusses durch nachfolgende Einwilligung des Adressaten in den empfangenen Antrag sein kann, ist eben so einleuchtend, als daß derselbe nach erhaltener und ihm dadurch wirklich kund ge-

wordener Widerrufserklärung vergeblich acceptiren würde. Ob aber nur dann, wenn er in solcher Weise die Willensänderung des Offerenten erfahren hat, das ist die nun zunächst zu erörternde Frage.

Ich bin nicht im Zweifel darüber, daß sie, wie nach der Natur der Sache, so auch nach dem geschriebenen Rechte zu verneinen ist, namentlich auf Grund der schon anderwärts dafür angeführten L. 4 pr. D. de manum. vind. (40, 2):

> Si pater filio permiserit servum manumittere, et interim decesserit intestato, deinde filius ignorans patrem suum mortuum, libertatem imposuerit, libertas servo favore libertatis contingit, quum non appareat mutata esse domini voluntas. Sin autem ignorante filio vetuisset pater per nuntium et antequam filius certior fieret, servum manumisisset, liber non fit; nam ut filio manumittente servus ad libertatem perveniat, durare oportet patris voluntatem; nam si mutata fuerit, non erit verum, volente patre filium manumisisse.

Es handelt sich hier freilich nicht um eine Vertragsschließung unter Abwesenden, sondern um die rechtliche Wirksamkeit einer einseitigen Handlung, welche durch den zustimmenden Willen eines Abwesenden bedingt, also ohne rechtliche Wirksamkeit ist, wenn sie nicht auf dem fortdauernden, gegenwärtigen, das heißt nicht geänderten Willen des Abwesenden beruht. Aber es kommt doch auch bei der Vertragsabschließung unter Abwesenden Alles darauf an, daß die Annahmeerklärung auf dem dabei vorausgesetzten gegenwärtigen Dasein des Willens beruht, der in dem Antrag erklärt worden ist. Wenn also dort die an den Handelnden erklärte Willensänderung ohne vorhandenes Bewußtsein des Handelnden wirksam

ist, und seine Handlung rechtsungültig macht, so muß das ebenso auch hier der Fall sein; sie muß auch hier bewirken, daß durch die Annahmeerklärung nur scheinbar, nicht in Wahrheit ein Vertrag zu Stande kommt.

Hasse hat sich für seine Meinung, daß wie der Consensus, so auch der Dissensus juristisch noch nichts sei, so lange er nicht erklärt, d. h. mit dem Erfolg mitgetheilt worden sei, daß er dadurch dem Adressaten zum Bewußtsein komme, — das hält Hasse für gleichbedeutend — auf die L. 17 §. 1. D. pro socio (17, 2) berufen. Ich setze ihre Worte hierher:

> Si absenti renuntiata societas sit, quoad is scierit, quod is acquisivit, qui renuntiavit, in commune redigi, detrimentum autem solius ejus esse, qui renuntiaverit; sed quod absens acquisivit, ad solum eum pertinere, detrimentum ab eo factum commune esse.

Hier solle, sagt Hasse[1]), bis der Andere die Aufkündigung erfahren, alle Gemeinschaft bleiben; blos soweit sie dem Aufrufenden inzwischen neuen Gewinn bringen würde, durch den Erwerb des Andern, solle sie hier nicht beachtet werden; denn dieser habe ihm nicht aufgedrungen werden, er ihn also auch nicht hinterher noch an sich ziehen können. Er habe etwas gewollt, was juristisch nicht thunlich war, so lange er seine Absicht dem Andern nicht verständlich gemacht. Den Verlust, der er inzwischen selbst mache, müsse er doch behalten; denn was habe er noch Societätsgeschäfte gegen seinen eigenen, wenn auch nur einseitig erklärten Willen zu machen?

In der That aber sagt die Stelle gerade das Gegentheil: das Societätsverhältniß wird durch die Renuntiation selbst,

1) Rhein. Museum II. S. 380.

nicht erst dadurch aufgehoben, daß sie dem Abwesenden bekannt wird. Es darf diesem nur sein Handeln als Gesellschafter, so lange er berechtigt ist, sich für einen solchen zu halten, keinen einseitigen Nachtheil bringen; an sich gilt das Societätsverhältniß so sehr als bereits aufgehoben, daß er von der Renuntiationserklärung an sofort allen Gewinn für sich allein macht. Daß der Aufkündigende inzwischen noch nicht für sich allein erwirbt, ist eben deßhalb der Billigkeit gemäß, weil inzwischen der andere Theil auch den aus seinen Handlungen sich ergebenden Verlust zwar nicht allein, aber doch mittragen muß. Es besteht von der Renuntiation an keine Gemeinschaft mehr; es wird nur der Billigkeit wegen und nur soweit es diese fordert, so behandelt, als wenn sie in der Zwischenzeit, während die Renuntiation dem Abwesenden unbekannt blieb, noch fortbestanden hätte.

Ueberzeugen wir uns aber, daß es des Bewußtseins des Adressaten von der Willensänderung des Offerenten nicht bedarf, um dem von diesem in die Offerte niedergelegten Willen sein rechtliches Dasein zu entziehen, so könnten wir dadurch leicht zu dem andern Extrem kommen, zu der Annahme nämlich, es sei dafür hinreichend, daß die Willensänderung irgendwie sich äußerlich kund gegeben habe. Die Unhaltbarkeit dieser Meinung ist aber nicht schwer einzusehen. Vor Allem ist es einleuchtend, daß der Offerent verpflichtet ist, wenn er seinen Willen ändert, so lange er ihn noch ändern darf, den Adressaten davon alsbald zu benachrichtigen. Daraus würde aber an sich nichts weiter gefolgert werden können, als daß er für jeden dem Adressaten aus der Unterlassung rechtzeitiger Benachrichtigung erwachsenden Schaden einzustehen hätte; es wäre damit doch die Annahme vereinbar, daß die rechtlich erweisliche Thatsache der Reue des Offerenten an sich, das Zustandekommen eines Vertrags zwischen ihm und

dem Adressaten unmöglich mache. Allein, genauer betrachtet, ist es auch nicht sowohl eine bloße Verpflichtung des Offerenten, dem Adressaten seine Willensänderung mitzutheilen, als vielmehr eine natürliche, innere Nothwendigkeit, daß, wenn er wirklich zu dem Entschlusse gekommen ist, mit diesem nicht, oder doch nicht in der ihm vorgeschlagenen Weise zu contrahiren, dieser Entschluß sich in einem Widerruf kundgebe, den er an den Adressaten richte. Jede andere Kundgabe seiner Reue, die nicht von einem direkten Widerruf dem Adressaten gegenüber begleitet ist, läßt sich vernünftigerweise nur so auslegen, daß er damit blos sein Bedauern ausdrücken will, die bestimmte Offerte gemacht zu haben, ohne aber dieselbe zurücknehmen zu wollen. Die Nichtmittheilung der Willensänderung an den Adressaten ist ein stillschweigender Verzicht auf Zurückziehung der Offerte. Als geschehen ist aber der Widerruf zu betrachten, sobald nur der erste Schritt zu seiner Uebermittelung geschehen ist, ganz ebenso wie nach der obigen Ausführung dadurch die Einwilligungserklärung zur vollendeten Thatsache wird.

Uebrigens bleibt das rechtliche Dasein des in der Offerte zu einer gewissen Verkörperung gelangten Willens bis zur erfolgten Acceptation nicht nur insofern vom Offerenten abhängig, als dieser es durch Widerruf des Antrags willkürlich aufheben kann, sondern auch insofern, als der inzwischen erfolgende Tod des Offerenten, ja auch jede sonstige inzwischen erfolgende Aufhebung oder Beschränkung seiner Willens- und Dispositionsfähigkeit unmittelbaren Einfluß auf die rechtliche Wirksamkeit der Offerte hat.

Daß der Tod des Offerenten — wenn er für sich, nicht für eine Firma offerirt hat — die nachfolgende Einwilligungserklärung des Adressaten zu einer blos scheinbaren mache, welcher die Bedeutung einer wirklichen Einwilligung und ei-

nes Vertragsabschlusses nicht beigelegt werden könne, würde sich vernünftigerweise nur insofern bezweifeln lassen, als man die Frage aufwerfen könnte, ob nicht Offerten gewöhnlich als von dem Offerenten für sich und seine Erben gemacht zu halten seien, und deshalb dann ihre nach seinem Tod geschehene Acceptation als Willenseinigung zwischen seinen Erben und dem Acceptanten aufgefaßt werden müsse? Ich halte es für sehr wahrscheinlich, daß, wenn im wirklichen Leben solche Fälle vorkommen, wie es gewiß nicht selten sich ereignet, meist der Vertrag zwischen den Erben des Offerenten und dem Adressaten, der, ohne von dessen Tod etwas erfahren zu haben, seine Offerte acceptirt hat, als dadurch zu Stande gekommen wird behandelt werden. Aber das wird man dann eben juristisch auf ein freies stillschweigendes Uebereinkommen beider Theile zurückführen müssen. Daraus, daß Verträge des Erblassers für seine Erben aktive und passive Obligationen bewirken, auch wenn dieses so aufgefaßt werden dürfte, wie es gewöhnlich geschieht, ich aber in meinen Beiträgen (Bd. 1 S. 102 ff.) es bestritten habe, läßt sich nicht schließen, daß Jemand seine Erben auch durch bloße Anträge binden oder irgendwie berechtigen könne. Denn Anträge sind eben keine Verträge. Dagegen wird folgender Schluß um so statthafter sein: weil jedes, auch das bereits übernommene Mandat durch den Tod des Mandanten von selbst erlischt, so verliert auch jede Offerte an einen Abwesenden durch den Tod des Offerenten von selbst ihre Kraft. Wenigstens wüßte ich nicht zu sagen, warum die Wirksamkeit des nicht acceptirten Antrags dauerhafter sein sollte, als die des bereits übernommenen Auftrags. Auf L. 2 §. 6 D de donat. (39, 5) läßt sich der Satz, daß nach dem Tod des Offerenten seine Offerte nicht mehr wirksam acceptirt werden kann, nicht mit so großer Sicherheit stützen, als es auf den ersten Blick schei-

nen könnte. Denn wenn sie sagt: si quis donaturus mihi pecuniam dederit alicui, ut ad me perferret, et ante mortuus erit (donator), quam ad me perferat, non fieri pecuniam dominii mei constat, so muß man, um dies auf unsere Frage unmittelbar anwenden zu können, den besonderen Fall voraussetzen, daß der Offerent stirbt, ehe der Adressat den Antrag empfängt, und es hat dann immer noch der Zweifel Raum, ob auch die Acceptation des noch bei Lebzeiten des Offerenten empfangenen Antrags durch den in der Zwischenzeit zwischen dem Empfang und der Acceptation erfolgten Tod des Offerenten wirkungslos wird?

Der Umstand, daß der Offerent nach gemachter Offerte seine Willensfähigkeit durch eine Geisteskrankheit verliert, oder in seiner Dispositionsfähigkeit, z. B. durch Interdiction wegen Verschwendung, so beschränkt wird, daß er nun nicht mehr zu der bestimmten Offerte befugt ist, macht diese ebenfalls wirkungslos, wenigstens auf so lange, als dieser physische oder rechtliche Zustand des Offerenten dauert. Für den Fall seines Wahnsinns kann dieß um so weniger bestritten werden, als ja die Abschließung irgend eines Rechtsgeschäfts mit einem Wahnsinnigen ganz unmöglich ist[2]). Hinsichtlich eines Offerenten aber, der nur eine Beschränkung seiner Dispositionsbefugniß inzwischen erlitten hat, kann folgendes Bedenken nicht ohne Weiteres zurückgewiesen werden. Die Thätigkeit des Offerenten zur Eingehung eines Vertrags mit einem Abwesenden besteht, wenn seine Offerte einfach angenommen wird, lediglich in der Offerte, sie ist durch Uebermittelung derselben an den Adressaten völlig abgeschlossen; wenn er nachher durch die Acceptation verpflichtet wird, so ist dieses nur eine ohne sein weiteres Zuthun eintretende Wirkung einer juristischen Handlung von seiner Seite, die bereits

2) Vgl. auch L. 48 D. de acqu. hered. (29, 2).

früher zur Vollendung gekommen ist; sollte es also nicht für diese Wirkung genügen, daß er damals die dafür erforderliche Dispositionsbefugniß besaß? Der täuschende Schein dieser Argumentation verschwindet aber, wenn man erwägt, daß der Offerent doch nur durch das Geschehenlassen der Acceptation, durch Unterlassung des Widerrufs, also durch eine, zwar nicht positive, aber negative freie Handlung verpflichtet wird. Nach eingetretener Dispositionsbeschränkung hat er nicht mehr freie Macht, diesen Widerruf zu unterlassen, sofern durch das Zustandekommen des Vertrags sein Vermögen eine Verminderung erleiden würde. Unter dieser Voraussetzung also muß seine Offerte von der eingetretenen Dispositionsbeschränkung an als von selbst wirkungslos geworden gelten.

Indessen dauert diese Wirkungslosigkeit der Offerte in Folge einer die Handlungs- oder Dispositionsfähigkeit des Offerenten betreffenden nachtheiligen Veränderung nur so lange, als der dadurch entstandene Zustand des Offerenten selbst dauert. Erfolgt die Acceptation, nachdem dieser Zustand wieder gehoben ist, und ohne daß inzwischen die Offerte aus einem andern Grund ihre Kraft verloren hat, so kommt dadurch der Vertrag wirksam zu Stande. Denn selbst der Wahnsinn macht nur, so lange er andauert, jede Willens-Thätigkeit des Wahnsinnigen unmöglich, er verhindert nicht die ruhige Fortdauer des einmal zu selbstständigem äußeren Dasein gelangten Willens des Wahnsinnigen, wie denn auch weder eine letztwillige Disposition, noch ein Mandat dadurch erlischt, daß der Urheber in Wahnsinn verfällt, obwohl allerdings der Mandatar eines Wahnsinnigen, so lange er wahnsinnig ist, eben so wenig als Stellvertreter desselben juristische Handlungen wirksam für ihn vornehmen kann, als dieser in eigener Person sie vorzunehmen vermöchte. Wenn A. aus Amerika dem in Deutschland befindlichen B. eine Offerte macht,

A. einige Tage, während die Offerte unterwegs ist, sich im Zustande des Wahnsinns befindet, in dem Augenblicke aber, in welchem B. seinen Annahmebrief absendet, den vollen Gebrauch seiner Willensfreiheit wieder erlangt hat, so läßt sich nicht bezweifeln, daß dadurch der Vertragsabschluß mit voller rechtlicher Wirkung erfolgt.

Die Ergebnisse dieses Abschnitts unserer Untersuchung sind also folgende:

Der mittelst der Offerte erklärte Wille des Offerenten verliert in der Zwischenzeit zwischen der gemachten Offerte und der erfolgten Acceptation sein rechtliches Dasein für den Adressaten:

1) durch den Ablauf der für seine Geltung zum Voraus, sei es ausdrücklich oder stillschweigend bestimmten Zeit;

2) durch einen inzwischen an den Adressaten abgesendeten Widerruf des Offerenten;

3) durch den Tod des Offerenten;

4) durch bleibenden Verlust der für die Schließung des Vertrags erforderlichen Handlungs- oder Dispositionsfähigkeit auf Seiten des Offerenten.

In allen diesen Fällen wird durch die Acceptation der Offerte eine Vertragsabschließung nicht bewirkt.

III.

Ich wende mich nun zu den Bedenken, welche sich gegen manche der in den beiden vorigen Abschnitten entwickelten Sätze vorbringen lassen, wenn man auf den Erfolg ihrer Anwendung im wirklichen Leben sieht.

Hierbei beginne ich 1) mit denjenigen Einwürfen, welche man gegen den Satz gemacht hat, daß der Vertrag schon durch die vollendete Annahmeerklärung, nicht erst durch das Bekanntwerden des Proponenten mit derselben zum Abschluß

gelange. Man wendet dagegen ein, daß hiernach die Zurücknahme der Annahmeerklärung dem Acceptanten von dem Zeitpunkt an, wo er sie von sich gegeben hat, rechtlich nicht mehr freistehen würde, während doch der unbefangene Rechtssinn gewiß kein Arg darin finden könne, wenn der Acceptant den noch nicht abgegangenen Annahmebrief von der Post zurückholen lasse, oder dem Proponenten vor dem Eintreffen desselben bei ihm Nachricht gebe, er sei entschlossen, den Antrag abzulehnen. Damit verhält es sich nun aber so. In den meisten Fällen wird es dem Proponenten nur daran liegen, in dem Zeitpunkt, in welchem er das Eintreffen der Antwort erwarten darf, ein bestimmtes Ja oder Nein zu erhalten; das Schwanken des Adressaten zwischen Ja und Nein in der Zwischenzeit wird ihn nicht kümmern, und insofern stellt es sich als natürlich dar, daß dem Letzteren die rechtliche Freiheit eingeräumt werde, sein schon erklärtes Ja bis zu jenem Zeitpunkt wieder mit einem Nein zu vertauschen. Noch mehr, selbst wenn es durch den Buchstaben eines Gesetzes feststünde, daß der Acceptant durch die Abgabe seiner Erklärung zur Uebermittelung an den Proponenten unwiderruflich gebunden sei, würde wohl unter zehen Fällen in neunen der Proponent sich den ihm vor oder gleichzeitig mit der Annahme kund gewordenen Widerruf derselben ohne Widerrede gefallen lassen. Aber wenn nun im zehnten Fall der Proponent nachweisen kann, daß der Wiederruf der Annahmeerklärung, sofern er sich ihn gefallen lassen müßte, ein großes damnum emergens oder lucrum cessans für ihn zur Folge haben würde — und wie leicht kann das der Fall sein —, womit will man es dann ohne eine besondere den Acceptanten berechtigende Gesetzesbestimmung juristisch rechtfertigen, daß der Proponent sich diesen Widerruf gefallen lassen müsse? Der Proponent hat durch den Antrag seinen Willen ausgesprochen,

den Adressaten sich zu verpflichten und ein Recht gegen ihn zu erwerben. Der Adressat hat in diesen Willen seine Einwilligung erklärt; es war damit unläugbar consensus zwischen ihnen da; consensu obligatio contrahitur (in den hier vorausgesetzten Fällen); der Adressat ist durch seine Einwilligungserklärung dem Proponenten verpflichtet, dieser gegen ihn berechtigt; der Acceptant darf nun in diesem zwischen ihm und dem Proponenten bestehenden Rechtsverhältnisse nicht mehr gegen das Interesse des Proponenten handeln; wenn er also durch seinen Widerruf gegen das Interesse des Proponenten handelte, so begienge er damit eine Rechtswidrigkeit. Das Alles, meine ich, muß dem schlichtesten und unbefangensten Rechtssinn vollkommen einleuchten. Derselbe Nichtjurist, der es allerdings vielleicht lächerlich fände, wenn man in den gewöhnlichen Fällen dem Adressaten das Recht abspräche, den Annahmebrief von der Post zurückholen zu lassen, wäre ohne Zweifel in einem Fall der letztern Art empört, wenn man dem Proponenten gegen den Adressaten nicht Recht gäbe. Ich gestehe zu: es hat in den gewöhnlichen Fällen für den natürlichen Sinn etwas Anstößiges, eine Klage des Proponenten gegen den Adressaten auf Vertragserfüllung blos darauf hin zuzulassen, daß Jener beweisen kann, der Beklagte habe seine Acceptation in einem von der Post zurückgeholten Brief erklärt gehabt, und nur hinterher einen Ablehnungsbrief abgehen lassen. Es wird aber auch gar nicht leicht zu einer solchen Klage kommen; es gehören besondere Zufälle dazu, daß ein solcher Vorgang dem Proponenten auch nur bekannt wird. Anders ist es freilich, wenn der Adressat selbst dem Proponenten schreibt: es ist eine Annahmeerklärung von mir unterwegs; ich komme ihr aber, wie ich hoffe, durch diese Ablehnung zuvor. Da ist natürlich dem Proponenten die Klagestellung von selbst an die Hand gegeben, wenn er die Ab-

lehnung nicht annehmen will; und auch da wird ihre Zulassung manchem Nichtjuristen Bedenken erregen, wenn es für den Proponenten ganz gleichgültig sein konnte, ob er ein Ja oder ein Nein vom Adressaten erhielt. Aber der Jurist, meine ich, sollte ein solches Bedenken leicht überwinden können; ihm muß es doch geläufig sein, daß die Geltendmachung wirklicher Rechte, sei sie auch immerhin mit Unbequemlichkeiten für Andere verbunden, an sich nicht durch ein wirkliches, am wenigsten durch ein nachgewiesenes Vermögensinteresse des Berechtigten bedingt sein kann. Was wäre das für ein mangelhafter Rechtsschutz, wenn ich mir als Eigenthümer von Rechtswegen jede fremde Einwirkung auf meine Sache gefallen lassen müßte, die mir nur keinen Vermögensnachtheil brächte!

Dagegen wird sich der Jurist allerdings die Frage stellen, ob hier nicht durch eine besondere gesetzliche Bestimmung nachgeholfen werden soll, um solche nach der ratio juris wohlbegründete, aber das natürliche Billigkeitsgefühl verletzende Klagen abzuschneiden? Und diese Frage wird er sich leicht bewogen finden, zu bejahen. Falsch wäre es, wegen solcher, wenn auch häufiger, so doch immer besonderer Fälle, gesetzlich zu bestimmen: der Vertragsabschluß kommt erst dadurch zu Stande, daß der Proponent die Acceptation erfährt. Aber das mag man unbedenklich festsetzen: der Adressat darf von dem durch seine Annahmeerklärung zu Stande gekommenen Vertrag einseitig zurücktreten, wenn er nur das Gehörige thut, um zu bewirken, daß der Offerent diesen Rücktritt wenigstens gleichzeitig mit der Acceptation erfährt. Freilich wird es dadurch dem Adressaten in die Hand gegeben, dem Proponenten einen durch das Zustandegekommensein des Vertrags erlangten vielleicht wesentlichen Vortheil einseitig wieder zu entziehen. Aber wenn dieses gesetzlich bestimmt ist, so weiß jeder Proponent zum Voraus, daß er durch die Annahme seiner

Anträge noch nicht unentziehbare Rechte auf dergleichen Vortheile erlangt, und die darin liegende Härte wird dadurch gemildert, daß man leichter den Verlust eines Vortheils verschmerzt, von dessen Erwerb man noch nichts gewußt hat. Jedenfalls aber muß eine solche gesetzliche Bestimmung als Gestattung einseitiger Wiederaufhebung eines bereits abgeschlossenen Vertrags betrachtet werden; zweckmäßig ist es, wenn ihr das Gesetz rückwirkende Kraft beilegt, um dadurch desto mehr alle etwaigen Verwickelungen abzuschneiden.

Ganz diesen Ansichten entsprechend sind die Bestimmungen des vor Kurzem veröffentlichten Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten, welcher im A. 239 festsetzt:

> Ein unter Abwesenden zu Stande gekommener Vertrag gilt als in dem Zeitpunkte und an dem Orte abgeschlossen, in welchem die Erklärung der Annahme abgesandt worden ist [3]),

im A. 238 Abs. 2 aber verfügt:

> — die Annahme ist für nicht geschehen zu achten, wenn der Widerruf noch vor der Erklärung der Annahme oder zu gleicher Zeit mit derselben bei dem Antragsteller eingegangen ist.

2) Daß der vom Offerenten an den Adressaten abgesendete Widerruf sofort die Wirkung hat, eine nachher, wenn gleich ohne Kenntniß des Widerrufs erfolgte Acceptation nutzlos zu machen, scheint mir aus den oben entwickelten Gründen theoretisch unbestreitbar. Aber auch dagegen lassen sich gar wohl praktische Bedenken erheben. Der Adressat acceptirt, ohne von der erklärten Willensänderung des Offerenten Kunde

---

3) Ich würde aus den oben ausgeführten Gründen lieber sagen: „in welchem die erste Anstalt zur Uebermittelung der Annahmeerklärung an den Antragenden gemacht worden ist".

zu haben, und beginnt auch mit der Erfüllung des Vertrags von seiner Seite. Ist nun durch seine Annahmeerklärung ein Vertrag nicht zu Stande gekommen, so hat er auch keine Contraktsklage, um sich Schadloshaltung für den durch Erfüllung des vermeintlich von ihm eingegangenen Vertrags gehabten Nachtheil zu verschaffen. Zu solcher Schadloshaltung muß ihm das Recht verhelfen, das sagt uns das Gefühl; wie aber soll ihm dazu geholfen werden, wenn er keine Contraktsklage hat? Auch hier würde ich nun, wenn sich auf diese Frage keine befriedigende Antwort geben ließe, darin nur einen Grund finden, durch besondere gesetzliche Bestimmungen das praktische Bedürfniß zu befriedigen, keineswegs aber einen Grund, der möglicherweise im einzelnen Fall unbillig wirkenden Rechtswahrheit selbst die Anerkennung zu versagen. Aber ich glaube, daß uns in diesem Fall das jus commune selbst schon einen Ausweg darbietet.

Jeder Antrag zur Eingehung eines Vertrags, zu dessen Erfüllung irgendwelche Thätigkeit von Seiten des Adressaten erforderlich ist, schließt einen Auftrag zu dieser Thätigkeit in sich. Der Widerruf des Antrags ist auch Zurücknahme dieses Auftrags; aber wenn der Adressat ohne Kenntniß des Widerrufs zur Erfüllung des Vertrags thätig geworden ist, so war dies seinem Bewußtsein nach Ausführung eines erhaltenen Auftrags. Wenn es nun nach dem geschriebenen Recht feststeht, daß die Ausführung eines widerrufenen Mandats von Seiten des mit dem Widerruf unbekannt gebliebenen Mandatars diesem gegen den Mandanten die mandati actio contraria auf Schadloshaltung verschafft, so werden wir diese auch für den Adressaten als begründet gegen den Proponenten ansehen dürfen, wenn er dessen ohne sein Wissen widerrufenen Antrag acceptirt und durch ein dem entsprechendes Handeln sich in Nachtheil versetzt hat.

Jenes ist aber der Fall nach L. 15 D. mandati (17, 1): Si mandassem tibi, ut fundum emeres, postea scripsissem, ne emeres, tu, antequam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno officiatur is, qui suscipit mandatum.

Der in den Schlußworten angedeutete Grundgedanke der Stelle ist wohl der: es darf dem, welcher einen Auftrag empfangen und sich auf denselben eingelassen hat, keinen Nachtheil bringen, daß er ihn in der Voraussetzung des sich gleichgebliebenen Willens des Auftraggebers ausgeführt hat. Wer würde sonst einen Auftrag annehmen und ausführen, wenn er fürchten müßte, durch eine mögliche, aber nicht zu erwartende Willensänderung des Auftraggebers in Nachtheil versetzt werden zu können? Wer also einen widerrufenen Auftrag ausführt, vollzieht zwar kein wirkliches Mandat; er muß aber doch, wenn er in jener wohlberechtigten Voraussetzung gehandelt hat, mit der Mandatsklage auf Schadloshaltung klagen können.

Dieß erleidet nach meiner Ueberzeugung auf Fälle der Art, wie sie uns hier beschäftigen, unmittelbare Anwendung. A. hat dem B. den Antrag zur Abschließung eines Miethvertrags gemacht; er wünscht dessen Wohnhaus auf ein Jahr für 300 Fl. zu miethen. Er widerruft diesen Antrag, aber ehe an B. der Widerruf gelangt, schreibt dieser zusagend und läßt die von A. gewünschten besonderen, für jeden Anderen werthlosen Einrichtungen in seinem Hause machen. Die actio locati steht ihm nicht zu, wohl aber die mandati actio contraria, weil er Wünsche des A. ausgeführt hat, ohne zu wissen, daß A. seinen Sinn inzwischen geändert und durch Zurücknahme seines Antrags zugleich diesen Auftrag widerrufen habe [4]).

---

4) So berichtigt sich, was ich an einem a. O. (Beitr. 1, 312) über die von der L. 15 mand. zu machende Anwendung gesagt habe.

Die ratio der L. 15 mand. trifft nach dem Obenbemerkten offenbar ganz mit dem zusammen, was Thöl im Handelsrecht I. §. 57 S. 242 ausspricht: „Der Offerent, „welcher sein Anerbieten unter Umständen zurücknimmt, unter „welchen ohne die Zurücknahme ein Vertrag zwischen ihm und „demjenigen, welchem er anbot, begründet gewesen wäre, „muß diesem allen Schaden ersetzen, den dieser in Folge der „Voraussetzung litt, daß jener bei seinem Anerbieten geblieben sei. Denn zu dieser Voraussetzung hat er nach Treu „und Glauben ein Recht.“ Ich nehme daher keinen Anstand, gleich Thöl auch dann eine solche Schadensersatzklage in derartigen Fällen für begründet zu halten, wenn es an den sonstigen Voraussetzungen fehlen sollte, um sie als Mandatsklage anstellen zu können.

Die Gesetzgebung kann jedoch diese Frage ganz abschneiden, und das praktische Bedürfniß noch vollständiger befriedigen, wenn sie die rechtliche Möglichkeit des Widerrufs in solcher Weise beschränkt, daß der Offerent den Adressaten durch eine unzeitige Zurücknahme der Offerte gar nicht beschädigen kann, indem sie bestimmt, daß der Widerruf des Antrags wirkungslos ist, wenn er an den Adressaten nicht wenigstens gleichzeitig mit der Offerte gelangt, oder es doch wenigstens dem Adressaten freistellt, ob er einen später an ihn gelangenden Widerruf noch als solchen gelten lassen will, oder nicht.

Die deßfallige Bestimmung des angeführten Gesetzentwurfs kann erst weiter unten, in Zusammenhang mit anderen Bestimmungen, gewürdigt werden.

3) Die nach der ratio juris anzunehmende Entkräftung des Antrags durch Zeitablauf hat, wenn der Offerent nicht ausdrücklich die Zeit bestimmt, binnen welcher der Adressat sich zu entschließen habe, wie wir oben gesehen haben, etwas

sehr Schwankendes an sich. Es werden in vielen einzelnen Fällen verschiedene Ansichten darüber möglich sein, ob die Annahme rechtzeitig erfolgt sei oder nicht. Praktisch aufgefaßt, muß die Frage immer so gestellt werden: von welchem Zeitpunkte an der Offerent die Annahmeerklärung als verspätet zurückweisen, oder erklären dürfe, daß er seine Offerte als stillschweigend abgelehnt betrachte.

Es ist daher am räthlichsten für den Gesetzgeber, sich nur auf Bestimmungen einzulassen, welche dem Richter bei der Entscheidung dieser eben bezeichneten Fragen zur Richtschnur dienen können, ohne geradezu festzusetzen, wie viel Zeit der Adressat haben solle, um sich über die Annahme oder Ablehnung des Antrags schlüssig zu machen. Dem Offerenten ist nur daran gelegen, bald darüber gewiß zu werden, ob er seine Offerte als angenommen oder abgelehnt anzusehen habe; es kann ihm gleich sein, ob der Adressat sich rasch entschließt und sich mit seiner Benachrichtigung davon Zeit läßt, oder ob er die Langsamkeit seines Entschlusses durch außerordentliche Beschleunigung der Benachrichtigung einbringt, wenn er nur im einen oder im andern Falle rechtzeitig zu der von ihm gewünschten Gewißheit gelangt. Uebrigens ist natürlich bei jenen Bestimmungen von dem geringsten Zeitmaße auszugehen, innerhalb dessen erfahrungsmäßig im Geschäftsverkehr empfangene Offerten erledigt zu werden pflegen. Hiernach läßt sich bemessen, in welchem Zeitpunkt ein Offerent im Falle der Annahme seiner Offerte eine Nachricht hierüber zu erwarten berechtigt ist. An diesen Zeitpunkt wird dann der Gesetzgeber die oben angedeuteten Folgen anzuknüpfen haben. Man nimmt an, daß in der Regel im Geschäftsleben Offerten umgehend, d. h. mit der nächsten ordentlichen Korrespondenzgelegenheit nach ihrem Empfang beantwortet werden. Der Gesetzgeber wird also bestimmen dürfen, der Offerent müsse auf

eine Antwort warten, bis sie ihm zugehen könne, wenn sie umgehend gegeben und ihr Eintreffen nicht durch ein außerordentliches Ereigniß verzögert werde; von da an gewinne er die oben bezeichnete Freiheit.

Dies ist, wenn ich anders die Gesetzesworte und die Motive recht verstehe, der innere Gedankenzusammenhang, aus welchem die, wie mir scheint, vollkommen sachgemäßen Bestimmungen des angeführten Gesetzentwurfs im A. 237 Abh. 2 und 3 hervorgegangen sind:

> Bei einem schriftlichen Antrage bleibt der Antragende bis zu dem Zeitpunkte gebunden, in welchem nach dem regelmäßigen Geschäftsgange die umgehende Antwort bei ihm eintreffen muß.
>
> Trifft die Annahme erst nach diesem Zeitpunkte ein, so besteht der Vertrag nicht, wenn der Antragende inzwischen seinen Rücktritt erklärt oder umgehend nach dem Eintreffen der Annahme von seinem Zurücktreten Nachricht gegeben hat.

Die Anwendung dieser Bestimmungen müßte sich im Zusammenhalt mit dem schon oben ausgehobenen Art. 239 so gestalten:

Wirklich zu Stande gekommen ist der Vertrag immer durch die Annahme des Antrags, auch wenn die Annahme später erfolgt, als es eigentlich erwartet werden darf; aber der Offerent braucht ihn nicht als zu Stande gekommen gelten zu lassen, wenn er die Annahmeerklärung nicht bis zu dem im A. 237 Abs. 2 bestimmten Zeitpunkte erhalten hat. Nur muß er, wenn er den Vertrag nicht als zu Stande gekommen gelten lassen will, dieß sofort nach dem verspäteten Eintreffen der Annahmeerklärung dem Adressaten schreiben, oder schon seit jenem Zeitpunkte ihm geschrieben haben, daß er den Antrag als abgelehnt betrachte. Hat er keines von Beiden

gethan, so muß er den Vertrag als zu Stande gekommen anerkennen und kann gegen die Klage aus dem Vertrag die Einrede der verspäteten Annahmeerklärung nicht einwenden. Dem Acceptanten ist nie der Beweis rechtzeitiger Absendung der Annahmeerklärung aufzubürden; der Offerent hat vielmehr zu beweisen, daß er die Annahmeerklärung später, als er erwarten durfte, empfangen und daß er seinerseits die eine oder die andere jener Erklärungen rechtzeitig abgegeben habe, wogegen dann aber auch dem Acceptanten der Beweis rechtzeitiger Absendung der Annahmeerklärung, als unerheblich, nicht nachzulassen ist. Die rechtzeitige Absendung der Annahme ist nach dem inneren Zusammenhang dieser Bestimmungen von keinerlei selbstständiger Bedeutung, weil das entscheidende Moment nur das rechtzeitige Eintreffen der Annahme bei dem Antragenden sein soll, wofür die rechtzeitige Absendung blos das regelmäßige Mittel ist, dessen Erfolg aber durch außerordentliche Ereignisse, deren Gefahr der Acceptant zu tragen hat, vereitelt werden kann, wie es andererseits möglich ist, die Nichtanwendung dieses Mittels durch außerordentliche Beschleunigung der Uebermittelung der Annahmeerklärung, z. B. durch Benützung des Telegraphen unschädlich zu machen. Nur das hat der Acceptant zu beweisen, auf die eine oder die andere Weise dafür gesorgt zu haben, daß seine Annahmeerklärung rechtzeitig bei dem Offerenten eintreffen konnte, und das Mißlingen dieses Beweises muß den Offerenten von der Beweislast in Beziehung auf die Erklärungen, die er nach dem letzten Abs. des A. 237 ergehen lassen soll, befreien; nützen kann aber dem Acceptanten auch jener Beweis nichts, wenn der Offerent das verspätete Eintreffen der Annahmeerklärung und die rechtzeitige Abgabe einer der ihm nach jenen Bestimmungen obliegenden Erklärungen seinerseits bewiesen hat. Man darf also im Abs. 3 des Art. 237 unter „Annahme“ nicht eine

„rechtzeitig" abgesendete, sondern nur eine in der Weise abgesendete Annahme verstehen, daß sie beim Offerenten rechtzeitig eintreffen konnte.

Indem der Abs. 2 des Art. 237 sagt: „Bei einem schriftlichen Antrag bleibt der Antragende bis zu dem Zeitpunkte gebunden, in welchem nach dem regelmäßigen Geschäftsgange die umgehende Antwort bei ihm eintreffen muß," scheint das Gesetz jeden Widerruf der einmal gemachten Offerte auszuschließen und nur Erklärungen, daß sie als abgelehnt betrachtet werde, zuzulassen.

Allein der A. 238 Abs. 1 schränkt diese Ausschließung eines eigentlichen Widerrufs der Offerte doch wieder in billiger und naturgemäßer Weise durch folgende Bestimmung ein:

> Geht der Widerruf eines Antrags dem andern Theil früher als der Antrag, oder zu gleicher Zeit mit demselben zu, so ist der Antrag für nicht geschehen zu erachten.

Es soll also der Widerruf der Offerte nur insofern ausgeschlossen, d. h. wirkungslos sein, als er den Adressaten benachtheiligen könnte, und deshalb wird bestimmt, daß er nur dann wirksam sei, wenn er bei dem Adressaten vor oder mit der Offerte eintreffe. Fast scheint mir auch dieses zu streng; es wäre genügend, sollte ich meinen, wenn nur die Beachtung eines später eintreffenden Widerrufs dem Adressaten freigestellt würde. Ich würde das als Gesetzgeber so ausdrücken, daß ich jenem Absatz beifügte:

> Geht der Widerruf dem andern Theil später zu, so kann dieser ihn zurückweisen, muß aber davon dem Antragenden unverzüglich Nachricht geben.

Es ist doch denkbar, daß dem Offerenten viel daran gelegen ist, seine Offerte noch zurücknehmen zu können, nachdem sie der Adressat bereits empfangen hat, und daß dieser den

Widerruf noch ohne allen Nachtheil sich gefallen lassen kann, indem er z. B. noch gar keine Anstalt zur Erfüllung des offerirten Vertrags gemacht hat. In solchen Fällen einen Consensus zu fingiren, der in der That nicht vorhanden ist, scheint mir zu weit gegangen.

Es ist oben bemerkt worden, daß jeder Antrag zu einem den Adressaten verpflichtenden Vertrage mittelbar einen Auftrag enthalte. Umgekehrt enthält auch jeder Auftrag einen Antrag zur Eingehung eines Vertrags, da ja stets durch Uebernahme eines Auftrags ein Vertrag eingegangen wird. Der Auftrag hat aber als Antrag das Eigenthümliche, daß er regelmäßig ohne die Erwartung einer wörtlichen Annahmeerklärung gestellt und die Annahme stillschweigend durch eine auf die Vollziehung des Auftrags gerichtete Thätigkeit kund gegeben wird. Diese ist es alsdann, wodurch hier der Vertragsabschluß zu Stande kommt; daß, wenn wirklich eine ausdrückliche Annahmeerklärnng an den Auftraggeber dem Vollziehungsanfang vorhergeht, schon durch jene der Vertragsabschluß erfolgt, versteht sich von selbst.

Andererseits aber kann beim Auftrag die Erwartung einer ausdrücklichen Erklärung der Ablehnung berechtigt sein, wie sie bei andern Anträgen, wenn sie auch häufig freiwillig erfolgt, gleichwohl niemals als etwas, wozu der Adressat rechtlich verpflichtet wäre, in Anspruch genommen werden darf. Wo beim Auftrag jene Erwartung eine im eigentlichen Sinn berechtigte ist, darf dann eben deshalb schon aus der Unterlassung einer alsbaldigen Ablehnungserklärung auf Annahme geschlossen werden.

Wann die Erwartung einer ausdrücklichen Erklärung, empfangene Aufträge nicht annehmen zu wollen, berechtigt sei, muß ohne besondere gesetzliche Bestimmungen als eine quaestio facti behandelt werden, und man darf wohl bezwei-

sein, ob es zweckmäßig sei, hierin, wie es der Art. 240 des angeführten Gesetzentwurfs versucht, durch erschöpfende Bestimmungen das richterliche Ermessen zu beschränken. Nur durch beispielsweise Aufstellung einzelner Fälle, in welchen das Schweigen zu einem empfangenen Auftrag regelmäßig als Annahme auszulegen sei, sollte, wie mir scheint, der Gesetzgeber dem Richter einen festeren Anhalt darbieten, ohne aber ihn dadurch überhaupt der Prüfung des concreten Thatbestands überheben und ihm die freie Beurtheilung desselben entziehen zu wollen.

VI.

Zur Verständigung über den Anerkennungsvertrag, sowie die formellen Verträge des heutigen Rechts überhaupt.

Von

Obergerichtsrath Dr. **O. Bähr** in Cassel.

Es ist über zwei Jahre her, daß ich in meiner Schrift „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund" zu entwickeln suchte, wie es im heutigen Verkehr Rechtsgeschäfte gebe, die in gleicher Weise, wie die römischen Formalverträge, dazu dienen, den Bestand oder Nichtbestand von Obligationsverhältnissen processualisch sicher zu stellen; Rechtsgeschäfte, welche man deshalb als formelle Verträge des heutigen Rechts, oder auch, da sie ihren materiellen Inhalt aus der Anerkennung eines außer ihnen liegenden Rechtsverhältnisses entnehmen, als Anerkennungsverträge bezeichnen könne; als deren Prototypus aber Schuldschein und Quittung sich darstellen. Seitdem hat diese Lehre von verschiedenen Seiten Besprechung gefunden [1]). Von Manchen gebilligt, hat sie An-

---

1) Es sind mir folgende Beurtheilungen der Schrift bekannt geworden: I. Kurh. Annalen der Rechtspflege und Verwaltung Bd. 2 S. 629—640 (Büff). — II. Gersdorf's Repertorium Jahrg. 1855 S. 195—197. — III. Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft Bd. 3 S. 496—571 (v. Helmolt). — IV. Zarncke's Liter. Centralblatt v.

deren Veranlassung zu Bedenken und Widerspruch gegeben. Mißverständnisse mancher Art haben sich geltend gemacht, und in der Form meiner Darstellung eine scheinbare Grundlage zu gewinnen gesucht. Unter diesen Umständen dürfte es nicht ungeeignet sein, wenn auch ich nochmals das Wort ergreife und die aufgetauchten Ansichten der Gegner von meinem Standpunkte aus beleuchte.

Ehe ich jedoch auf Einzelnes eingehe, sei es mir vergönnt, einiges Allgemeine vorauszuschicken. Sollte darin ein gewisser Gegensatz zwischen theoretischem und praktischem Standpunkt sich kund geben, so bitte ich, dies nicht so aufzufassen, als ob damit ein Vorwurf oder gar eine Ueberhebung von dem letzteren Standpunkt aus bezweckt sei. Ich meine, es könnte jedem Theoretiker, der nicht blos für die Studierstube, sondern für das Leben arbeiten will, nur lieb sein, wenn von einem dem letzteren näher stehenden Standpunkt aus hie und da ein unbefangenes Urtheil über die Leistungen der Theorie für das Leben sich lautbar machte; so wie umgekehrt die Praxis nur dabei gewinnen würde, wenn ihre Leistungen, welche sich ja dermalen so zahlreich an's Licht drängen, von Seiten der Theorie mehr beachtet und zum Gegenstand kritisch eingehender Erörterungen gemacht würden.

Eine jede geistige Operation, welche einen Fortschritt in der Wissenschaft begründen soll, hat den Weg zu nehmen, daß sie von gewissen concreten Erscheinungen ausgeht, diese

1856 Nr. 12. — V. Heidelberg. Krit. Zeitschr. Bd. 3 S. 496 flg. (Dernburg). — VI. Krit. Ueberschau Bd. 4 S. 1—47 u. S. 219—247 (Arndts). — Außerdem ist die Schrift ausführlicher in Bezug genommen von Unger, die rechtliche Natur der Inhaberpapiere; und Brinz, Lehrbuch der Pandekten. — Die Recensionen werde ich nach den ihnen hier beigegebenen Nummern citiren.

mittelst einer geistigen Idee durchdringt, und aus dieser Combination gewisse wieder in concreto sich gestaltende Resultate zieht. Jene vermittelnde geistige Idee — gleichsam der Hebelpunkt zwischen bewegender Kraft und zu hebender Last — trägt nun stets das natürliche Bestreben nach Formulirung in sich. Sie wird in bestimmten Begriffen und Regeln sich zu concentriren, zu deren Handhabung aber gewisse Bezeichnungen in technisch bestimmter Bedeutung sich dienstbar zu machen suchen. Nun soll keineswegs behauptet werden, daß die Angemessenheit der so gewählten Kunstausdrücke, die Genauigkeit der aufgestellten Definitionen und Sätze u. s. w. etwas für die Wissenschaft Gleichgültiges sei. Vielmehr tragen Ungenauigkeiten dieser Art stets die Gefahr in sich, daß sie bei minder Kundigen zu unrichtigen Vorstellungen erwachsen und üble Consequenzen zeugen. Es ist daher ohne Zweifel Pflicht der Wissenschaft, auf eine möglichst sachentsprechende Gestaltung bei jener Formulirung hinzuarbeiten. Indessen sollte man doch nie vergessen, daß selbst die beste theoretische Darstellung nicht Zweck und Ziel, sondern nur Mittel und Durchgangspunkt, daß sie nicht das Wesen der Sache, sondern nur die äußere Erscheinung des, in Anschauung des Concreten lebendig gewordenen, in Schaffung des Concreten sich wieder lebendig erweisenden Gedankens ist; und daß es mit menschlichen Sprachmitteln überhaupt unmöglich erscheint, den feingegliederten Organismus des Rechts dergestalt in feste Worte und Sätze zu bannen, daß diese schon an und für sich zu dessen Verständniß ausreichten. Wer diese Ansicht theilt, wird sich hüten, jener Formulirung einen übertriebenen Werth beizulegen.

Auf diesem Standpunkt befanden sich namentlich die römischen Juristen. Von einer lebendigen Anschauung des bei ihnen heimischen Rechts durchdrungen, fühlten sie ebensowenig

das Bedürfniß, jenes Recht in festen Formeln und Sätzen abzuschließen, als sie die Gefahr verkannten, welche ein solcher Abschluß für die wahre Wissenschaft in sich trägt. Ihre Definitionen, Regeln u. s. w. sind deshalb oft ziemlich unvollkommen. Aber in der Handhabung derselben, in der Gestaltung des Rechts in concreto waren sie Meister.

Nicht immer so unsere Juristen. Sowie sie nicht selten schon zum Ausgangspunkt ihrer Erörterungen Begriffe und Sätze nehmen, mit denen sie keine vollkommene Anschauung ihrer concreten Erscheinung verbinden, so betrachten sie auch oftmals die Formulirung abstracter Sätze und Begriffe als das letzte, höchste Ziel ihrer Thätigkeit; als ob damit alles gewonnen, als ob diese Formeln Maschinen wären, die nur angelassen zu werden brauchten, um sofort das vollkommenste Recht in concreto zu erzeugen; während sie doch im besten Falle nur den Werth von Werkzeugen haben, bei denen es vor Allem auf die Art und Weise ankommt, wie man mit ihnen arbeitet [2]. So bildet das, was ich das Operiren mit abstracten Begriffen nennen möchte, eine wahre Calamität unserer Wissenschaft. In ihm liegt die Schuld, daß — ähnlich wie in der Politik — auch in der Jurisprudenz die Phrase eine übermäßige Herrschaft übt. Ganze Bücher werden geschrieben, nach deren Durchlesung man sich vergebens fragt, was man denn eigentlich gelesen, welche bis zur concreten Gestaltung zureichende Anschauung man gewonnen. Ist es da ein Wunder, wenn der Praktiker solche Schriften mißmuthig zur Seite legt, und lieber nach der ersten besten Präjudiciensammlung greift? Hier findet er wenigstens das, was ihm wahrhaft Noth

---

2) Aehnliche Gedanken finde ich in erfreulicher Weise ausgesprochen von Bekker (Heidelb. Krit. Zeitschrift, III. S. 449) bei Besprechung einer Schrift von Kuntze.

thut, Recht in concreter Gestaltung, wenn auch vielleicht von keiner geistigen Idee durchdrungen.

Jene abstracte Tendenz hat sich nun auch der juristischen Kritik vielfach bemächtigt. Statt zu prüfen, ob eine Doctrin von richtigen concreten Grundlagen ausgehe, und zu befriedigenden concreten Resultaten hinführe, wendet sich die Kritik vorzugsweise gegen die in Mitte liegende geistige Operation oder, richtiger gesagt, gegen die Formulirung derselben. Statt zu fragen, in welchem Sinne der Verfasser einer Schrift die von ihm aufgestellte Theorie, die formulirten Begriffe und Sätze nach Maßgabe der denselben gegebenen Anwendung verstanden wissen wolle, und danach deren Werth zu bemessen, greift man jene Formulirung für sich allein heraus, bildet sich — wobei das vereinzelte Wort natürlich keinen Widerstand leisten kann — ein von dem Verfasser abweichendes Verständniß, zieht aus dessen Sätzen unwahre oder übertriebene Folgerungen, und beginnt von da aus die Kritik spielen zu lassen. Nebenbei wird dann wohl noch gesagt, daß man auch in den praktischen Resultaten abweiche, oder vielleicht auch nicht abweiche; als ob dieses nun etwas Secundäres, Zufälliges sei, auf das es eigentlich nicht ankomme. Wäre es nicht besser, wenn man, statt auf dem Gebiete abstracter Sätze sofort einen Streit zu eröffnen, sich zunächst darüber klar zu werden suchte, inwieweit man im Concreten übereinstimme? — Ist man in der Sache einig, dann hat der Streit über den theoretischen Weg, auf welchem man dahin gelangt, nur noch eine untergeordnete Bedeutung, und eine Verständigung darüber wird in der Regel nicht allzu schwer sein. Umgekehrt erhält jeder theoretische Streit erst durch die klare Einsicht in die daran sich knüpfenden sachlichen Differenzen seinen wahren Werth und den besten Prüfstein.

Die Grundlage unserer rechtswissenschaftlichen Operationen

wird in vielen Fällen das römische Recht abzugeben haben. Dieses zu einem wahren inneren Verständniß zu bringen, d. h. bis zu concreten Anschauungen darin vorzudringen, war die Aufgabe, welche sich die historische Schule stellte. Daß hierzu vor Allem ein tiefes Studium des Alterthums, namentlich der daraus hinterlassenen Rechtsquellen erforderlich, wird Niemand bestreiten; und es ist auf diesem Gebiete sehr Bedeutendes geleistet. Während man aber in diesen Studien sich vertiefte, während man jede geschriebene Rechtsquelle einer grauen Vorzeit mit einer an Uebermaß grenzenden Gründlichkeit durchforschte, mißachteten oftmals die Jünger jener Schule — gewiß nicht im Sinne ihres großen Meisters — die lebendige Rechtsquelle, welche Jedem fließt, der nur daraus schöpfen mag; ich meine die Erscheinungen, welche das heutige Rechtsleben dem Forscher in so reichem Maße darbietet, wie nur jemals dem römischen Juristen das Rechtsleben seiner Zeit. Man ignorirte diese Erscheinungen, sei es nun, daß man über deren Bedeutsamkeit keine rechte Vorstellung hatte, oder daß man sich dem Glauben hingab, das Recht vom Standpunkt der Rechtstheorie aus beherrschen zu können. — Es dürfte uns, meine ich, in dieser Beziehung die Geschichte einer anderen Wissenschaft wohl zum Vorbilde dienen. In einem geologischen Buche[3]) las ich Folgendes: „War man früher wohl geneigt, die Umwälzungen, von denen uns der Bau der Erde Zeugniß ablegt, als etwas Abgeschlossenes zu betrachten, dessen Entstehungsursachen auf dem Wege der Erfahrung nicht oder doch nur sehr mangelhaft zu ermitteln seien, so hat man sich allmälig mehr und mehr darüber geeinigt, das Material, aus welchem die Erdrinde besteht, als auf eine Weise gebil-

3) Vorschule der Geologie, nach de la Beche bearb. v. E. Dieffenbach (Vorrede).

det zu betrachten, wie es noch heut zu Tage gebildet wird, und in den jetzigen Vorgängen der unorganischen und organischen Natur nach Veränderungen zu suchen, die identisch mit denen waren, welche in der Vergangenheit stattgefunden haben. Dadurch hat sich ein großer Schatz von Thatsachen angehäuft, deren Kenntniß unerläßlich zum richtigen Verständniß geologischer Forschungen und zu eigenen Untersuchungen ist. Das Studium der Gegenwart ist zur fruchtbringendsten Schule für die Kenntniß einer weit entfernt liegenden Vergangenheit geworden. Wir erkennen, wie die älteren Schichten und übrigen Bildungen die Wirkungen von auch jetzt noch für uns faßbaren und begreiflichen Kräften sind, wir lernen aus der heutigen Fülle der Erscheinungen die Ursachen der so großen Mannigfaltigkeit, die sich in den Bildungen einer und derselben Zeit in ihrem mineralogischen und chemischen Verhalten ergiebt. Niemand, der mit der Geschichte der beschreibenden Geognosie vertraut ist, wird in Abrede stellen, daß viele der aberteuerlichsten Hypothesen und Phantasiebilder zur Erklärung geologischer Verhältnisse unterblieben sein würden, daß viel Papier nicht würde unnütz beschrieben worden sein, wenn man nur die gewöhnlichsten Vorgänge in der heutigen Natur mit unbefangenem Blicke in's Auge gefaßt, und eine unbefangene Nutzanwendung daraus gezogen hätte. Aber statt der in ewigen unverrückbaren Gesetzen waltenden Natur wurden erdzerstörende Katastrophen, vernichtende Revolutionen, wiederholte chaotische Zustände, denen nichts Lebendiges entronnen, zu Hülfe gerufen, um Wirkungen zu vollbringen, denen sie mit der intensivesten Steigerung ihrer Thätigkeit nicht gewachsen waren. Freilich hat uns das Studium jetziger Ursachen noch nicht Alles erklärt, aber es hat uns doch zum Bewußtsein der Einheit der Naturkräfte durch alle Zeiten hindurch gebracht, es hat die Gränzen des Hypothetischen immer enger und enger

gezogen, und wir sind dadurch unserem endlichen Ziele, einer Erkenntniß des Ganges unser Erdschöpfung, einem Erfassen des Schöpfungsgedankens, immer näher und näher gerückt.“

Möchte man doch Aehnliches bald auch von der Rechtswissenschaft berichten können! Der Gewinn, welcher aus einer solchen lebendigen Durchforschung von römischem und heutigem Rechte in ihrer gegenseitigen Wechselbeziehung — gewissermaßen einer vergleichenden Anatomie beider — erwachsen würde, dürfte nach beiden Seiten hin nicht gering sein. Gar Manches, was uns bisher im römischen Recht als leblose Form erschien, würde geistiges Leben gewinnen. Und umgekehrt würde manche Erkenntniß, welche in den zerfließenden Formen des heutigen Rechtsverkehrs nur schwer Boden findet, durch die Anschauung der prägnanten Formen des römischen Rechts gar mächtig erstarken. Unser modernes Recht leidet, wenn ich so sagen darf, an zu großer Vergeistigung; ein Zustand, der, wenn er auch vom idealen Standpunkt als der vollkommnere betrachtet werden könnte, doch praktisch den Nachtheil mit sich führt, daß zu seiner Bewältigung ein fast zu großer Aufwand geistiger Kraft erforderlich wird. Gerade in dieser Beziehung wirkt aber nichts lehrreicher, als ein Zurückgehen auf die primitiven Erscheinungen, durch welche zwar in minder beweglichen, aber um so schärfer ausgeprägten Formen sich bei den Römern das nämliche praktische Bedürfniß befriedigte, und welche in ihrer größeren Einfachheit und Bestimmtheit ein weit klareres Bild zu gewähren pflegen, als die abgeschliffenen Formen, welche das heutige Recht an deren Stelle gesetzt hat.

Das Feld, auf welchem die Rechtsverhältnisse in ihrer concreten Erscheinung am schärfsten ausgeprägt sich dem Rechtsforscher darstellen, bietet der Proceß. Es steht daher mit

den vorbezeichneten Mängeln in nahem Zusammenhange, wenn, wie ich weiter bemerken zu dürfen glaube, in vielen civilistischen Schriften dasjenige, was ich die processualische Gestaltung der Rechtsverhältnisse nennen möchte, sich auffallend hintan gesetzt findet. Auch dies war bei den Römern anders; dort finden wir überall die Aussprüche des materiellen Civilrechts von processualischen Anschauungen durchdrungen und getragen. Freilich waren es die Begriffe ihres Processes, des Formularprocesses, in welchen die Jurisprudenz der römischen Juristen lebte und webte. Der heutige Proceß aber ist ein wesentlich anderer geworden. Die Fragen des römischen Processes, welche Ansprüche mittelst dieses oder jenes Klagenformulars zu verfolgen stehen, welche Vertheidigung innerhalb eines Bestreitens der intentio sich bewege oder eine exceptio nöthig mache u. s. w., haben ihre eigentliche processualische Bedeutung für uns verloren. Bei uns treten ganz andere, nur in gewissem Maße mit jenen zusammenfallende, Fragen in den Vordergrund; die Fragen nämlich, welche Thatsachen dazu gehören, um einen bestimmten Rechtsanspruch zu begründen oder auszuschließen, und welchem Theil obliege, diese Thatsachen zu erbringen? mit anderen Worten die Fragen: was ist Klaggrund und was ist Einrede im modern-processualischen Sinne? — Fragen, welche in der Formulirung der Beweissätze und Vertheilung der Beweislast ihre Spitze treiben. Ein näheres Eingehen auf Fragen dieser Art mangelt aber sehr häufig selbst bei besseren Schriftstellern. Es scheint fast, als ob man von dem, was man in der Praxis das Erforderniß der Substantiirung nennt, d. h. von der processualischen Nothwendigkeit, die streitigen Rechtsverhältnisse in ihre thatsächlichen Grundlagen zu zerlegen und solchergestalt deren Beweis vorzubereiten, so

wie von der nothwendigen Richtung der Beweisführung auf diese Thatsachen nicht überall eine rechte Vorstellung habe. Oder man hält wenigstens dies Alles für Fragen von untergeordneter Bedeutung, oder glaubt, daß solche lediglich in die Proceßlehre gehören, wo sie dann auch wieder nur ganz allgemein behandelt zu werden pflegen. Und doch stehen jene Fragen mit dem Wesen der materiellen Rechte und der Natur der einzelnen Rechtsinstitute im innigsten Zusammenhang, so daß sich oft in ihrer Beantwortung erst der wahre Kern einer ganzen Rechtslehre offenbart. Eine Folge dieser Verhältnisse ist es aber, daß für den Praktiker, welchen jene Fragen in hohem Grade in Anspruch nehmen, theoretische Schriften oft sehr fühlbare Lücken darbieten; so wie ferner, daß Theoretiker und Praktiker, wenn sie mit einander reden, mitunter schwer zu gegenseitigem Verständniß gelangen, weil jener für die gedachten processualischen Fragen, welche diesem unwillkürlich stets vor Augen schweben, weit minderen Sinn mit zur Sache bringt.

Dieß Wenige mag genügen, um für Manches, was ich im Einzelnen zu bemerken habe, zugleich einen allgemeineren Gesichtspunkt zu eröffnen.

Unter denjenigen, welche wider die von mir aufgestellte Lehre Bedenken geäußert, ist vor Allen Arndts zu erwähnen, dessen umfassende und tief eingehende Beurtheilung [4]) meine volle Beachtung in Anspruch nimmt. Weit entfernt, Alles das, was ich oben im Allgemeinen gesagt, in voller Schärfe gerade auf ihn angewendet wissen zu wollen, bitte ich, wenn gleichwohl einzelne Anklänge daran in meiner gegen ihn gerichteten

4) Rec. VI. (Note 1).

Erwiederung sich kund geben sollten, daraus keinenfalls mehr zu folgern, als daß selbst den Besten es mitunter nicht gelingt, sich von Mängeln ihrer Zeit völlig frei zu halten. Eine Entgegnung auf seine Einwürfe scheint mir aber um so nothwendiger, als er bereits in Unger einen treuen Nachfolger gefunden hat[4a]), seine Autorität auch wohl geeignet ist, noch Andere befangen zu machen.

Der Ausgangspunkt meiner früheren Ausführung bildete die Darstellung eines gewissen Gegensatzes im Gebiet des obligatorischen Versprechens, je nachdem dasselbe zu seinem Rechtsgrund[5]) in einem Verhältniß der Verbindung und Abhängigkeit, oder der Lostrennung und Unabhängigkeit stehe. Das erstere Verhältniß liege den materiellen, das letztere den formellen Verträgen zu Grunde.

Diesen Gegensatz will Arndts (S. 220 flg.) „nur bedingt" gelten lassen. Neben mehreren Bedenken gegen einige von mir beiläufig hereingezogene Argumente stellt er die von mir selbst (§. 7 meiner Schrift) angeführten, jenen Gegensatz vermittelnden Verhältnisse und weiter entgegen, daß doch auch bei dem — zu den materiellen Verträgen zu rechnenden — Mandatsvertrage außer dem Verpflichtungswillen keine causa, von welcher jener wesentlich abhängig erscheine, vorhanden sei. Aus gleichem Grunde erachtet er es für eine Inconsequenz, wenn ich meinerseits den Schenkungsvertrag als materiellen

---

4a) Vgl. dessen Note 1 cit. Schrift. — Beiden schließt sich dann wieder, wenn auch nicht völlig bestimmt, Ahrens (jurist. Encyclopädie S. 721 flg.) an.

5) Ich gebrauche absichtlich das deutsche Wort „Rechtsgrund," weil das lateinische Wort „causa," nach der Sprache der Quellen den engeren Begriff desjenigen Rechtsgrundes bezeichnet, zu welchem die durch ihn bestimmte Vermögenszuwendung in dem Verhältnisse der Lostrennung steht, wodurch sie eben die Natur einer abstracten Vermögenszuwendung annimmt.

Vertrag hinstelle, da ich denselben von meinem Standpunkt aus zu den formellen rechnen müsse. Die nämlichen Einwendungen bringt dann auch Unger (S. 65 flg.) wider mich vor.

Um den von mir hervorgehobenen Gegensatz vollkommen zu verstehen, muß man ihn in die entsprechenden processualischen Erscheinungen verfolgen. Wenn A. und N. einen schriftlichen Kaufvertrag mit einander abgeschlossen, dessen letzter §. so lautet:

„Käufer N. verspricht als Kaufpreis dem A. 100 Thlr. am 1. Juli 1857 zu zahlen;"

und A. schnitte diesen §. sammt den beiderseitigen Unterschriften aus dem Kaufbrief heraus, träte mit diesem Papierschnitzel vor den Richter und sagte: „N. ist mir hiernach aus einem Kaufvertrag 100 Thlr. schuldig; ich bitte ihn zu deren Zahlung zu verurtheilen!" — wäre diese Klage begründet? Ich sage nein; und zwar deshalb, weil das in jenem §. enthaltene obligatorische Versprechen für sich allein gar keinen Vertrag bildet, sondern nur das Stück eines Vertrags ist, welchen in seiner Gesammtheit der Kläger dem Richter zu erbringen, und mithin bei urkundlicher Aufzeichnung vorzulegen hat. Der praktische Effect hiervon ist aber, daß der Kläger genöthigt wird, selbst das Material zu beschaffen, welches vielleicht das Versprechen eines Kaufpreises (z. B. wegen Verkaufs einer Sache extra commercium) ungültig erscheinen läßt, und welches jedenfalls den Gegenstand des Kaufs, also dasjenige liquid stellt, bis zu dessen Lieferung der Käufer im Zweifel den Kaufpreis zurückhalten darf.

Denken wir nun aber, A. hätte — römischrechtlich — auf Grund des Kaufs mittelst der Formel: Spondesne, Cal. Jul. mihi C dare? 100 von N. stipulirt, oder — was

dem im heutigen Rechte völlig gleichsteht — von N. einen Schuldschein des Inhalts empfangen:

„Unterzeichneter bekennt, dem A. aus einem Kaufe 100 Thlr. schuldig geworden zu sein, die er am 1. Juli 1857 abzutragen verspricht;“

und auf den Grund dieser Stipulation resp. Urkunde erhöbe A. wider N. Klage: ist diese Klage zuzulassen? Obgleich hier das zur Geltung gebrachte obligatorische Versprechen nicht um ein Jota mehr enthält, als das oben aus dem Kaufvertrag herausgeschnittene, so beantworte ich doch die hier gestellte Frage mit: ja. Denn kraft der von ihm gewählten Form hat N. dem A. ein von dem materiellen Inhalte des Kaufvertrags losgebundenes und dadurch zum selbstständigen Vertrage erhobenes Versprechen geleistet. Die Folge aber davon ist, daß, wenn etwa N. zur Geltung bringen will, der Kauf sei nach Maßgabe des Kaufgegenstandes ein ungültiger gewesen, oder er habe zunächst noch die Waare zu fordern, er selbst darlegen muß, worin der Gegenstand des Kaufs bestanden, aus welchem er 100 zu zahlen versprochen.

Als Grundlage des Gegensatzes in der Natur des obligatorischen Versprechens, je nachdem es den Bestandtheil eines materiellen Vertrags bildet, oder zu einem selbstständigen, formellen Vertrage erhoben wird, ist deshalb die processualische Erscheinung aufzufassen, daß es in dem ersten Falle nur ungetrennt, im letzteren Falle getrennt von seinem Rechtsgrund zur gerichtlichen Geltung kommen kann [6]. Hand in

---

6) Den treffendsten Ausdruck findet dieses Verhältniß in der Stelle Quintilian's (Inst. or. IV. 2): **Satis est dixisse: certam creditam pecuniam peto ex stipulatione, legatum peto ex testamento. Diversae partis expositio est, cur non debeatur.** (Ueber den Begriff von certa credita pecunia vgl. Savigny, Syst. V S. 545 Note k.)

Hand mit dieser processualischen Erscheinung geht aber auch eine materielle Abhängigkeit des obligatorischen Versprechens von seinem Rechtsgrunde in dem ersten, eine Unabhängigkeit desselben von solchem in dem zweiten Falle. Und wenn auch diese Unabhängigkeit eine durch die Grundsätze der aequitas wesentlich modificirte ist, so ist es doch von dem größten Interesse, dieselbe als Grundgedanken des formellen Vertrags klar zu erkennen und festzuhalten.

Natürlich tritt aber auch im Gebiet der materiellen Verträge die dem obligatorischen Versprechen eigenthümliche materielle Abhängigkeit von seinem Rechtsgrund mehr in den Hintergrund, wo dieser Rechtsgrund lediglich in einer Negative besteht, wie dies namentlich bei der Schenkung und dem Mandat der Fall ist. Der Charakter dieser Geschäfte besteht darin, daß in ihnen eine Leistung unentgeltlich zugesagt wird. Weil nun Arndts und Unger hier keine positive Gegenleistung erblicken, von welcher das Versprechen materiell abhängig wäre, so haben sie vermeint, auf diese Rechtsgeschäfte verweisen zu dürfen, um den von mir besprochenen Gegensatz hinfällig erscheinen zu lassen. Gleichwohl bewährt sich derselbe auch hier. Gesetzt, N. sagte zu A.: „Um mich für dein Wohlwollen dankbar zu erweisen, will ich dir 1000 — schenken und verspreche dir diese Summe binnen 2 Monaten zu zahlen;“ worauf A. diese Erklärung „mit Dank annähme.“ Würde nun A. etwa in folgender Weise klagen können: „N. hat mir 1000 — binnen 2 Monaten zu zahlen versprochen, und ich habe dieses Versprechen angenommen; ich bitte ihn hiernach zu verurtheilen“ —? Ich glaube nicht. Vielmehr muß A. sagen: „N. hat mir 1000 — als Geschenk versprochen.“ Und dies hat unter andern die Folge, daß, wenn die versprochenen 1000 — nicht etwa Gulden oder Thaler, sondern Ducaten wären, das eigene Anführen des Klägers

seine Klage (wegen Verbots der großen Schenkung) als zum Theil hinfällig erscheinen lassen würde.

Anders dagegen, wenn N. zum Zweck der Schenkung (donandi causa) dem A. eine Summe durch Stipulation versprochen, oder (nach heutigem Rechte) einen Wechsel, oder auch nur einen Schuldschein in folgender Weise ausgestellt hätte:

„Ich bekenne, dem A. 1000 — schuldig zu sein, welche ich binnen 2 Monaten zu zahlen verspreche."

Hier würde, wie ich annehme, auf dieses Schuldversprechen allein, d. h. ohne Darlegung der in das Verhältniß der eigentlichen causa zurücktretenden Schenkungsabsicht, eine Klage gegründet werden können[7]); und wenn daher der Verklagte aus dieser causa die Ungültigkeit des Versprechens herleiten wollte, so würde er dieselbe darzulegen und zu erweisen haben.

Der Unterschied aber wird dadurch begründet, daß in dem ersten Fall, wo das geleistete Versprechen mit dem gesammten Gespräch zusammenfloß, also von seinem Rechtsgrunde sich nicht formell lostrennte, ein Vertrag vorlag, den ich als materiellen Schenkungsvertrag bezeichnen zu dürfen glaube; während im zweiten Fall eine schenkweise zugewendete Formalobligation zur Geltung kam.

Ganz ähnlich verhält es sich beim Mandat. Der Cha-

7) Ich stimme also ganz mit Brinz (Lehrb. d. Pand. S. 425) überein, daß ein bloses, in Form einer Schuldurkunde gegebenes, Versprechen klagbar sei. Meine Aeußerung S. 132 m. S., wonach Brinz mir eine gegentheilige Ansicht beilegt, ist von ihm mißverstanden. Sie hat den Fall vor Augen, wo Jemand ein ihm geleistetes Versprechen klagend geltend machen wollte, von dem er nicht sagt, in welcher Form und in welchem Zusammenhang es ihm gegeben sei so daß man nicht weiß, ob es (durch formale Abschließung) zur Selbstständigkeit gelangt, oder nur Bruchstück eines Vertrags sei, dessen Inhalt der Kläger im Uebrigen hinterhalte.

rakter dieses Rechtsgeschäfts im römischen Recht besteht darin, daß der Mandatar gewisse Handlungen im Interesse des Mandanten unentgeltlich übernimmt. Gehört nun, wenn der Mandant aus dem Mandat Klage erhebt, dieses „unentgeltlich" zum Klaggrunde, oder hat der Mandatar einredeweise geltend zu machen, es sei bei Uebernahme des Geschäfts ein Entgelt verabredet? Ich zweifle nicht, daß man für das Erstere entscheiden muß, weil eben die Unentgeltlichkeit zum Begriff des Mandats gehört. Hätte aber der Verklagte die betreffende Handlung durch Stipulation versprochen gehabt, so würde der Stipulationsklage gegenüber die Frage, ob entgeltlich oder unentgeltlich, soweit es überhaupt darauf angekommen wäre, lediglich vom Verklagten zu erbringen gewesen sein.

Diese Erörterung wird genügen, um zu bezeichnen, worin Arndts und Unger meines Erachtens fehlen. Sie verwechseln die Negation einer Gegenleistung, wie sie dem Schenkungsvertrag und dem Mandat als Rechtsgrund innewohnt, mit der Abstraction von dem Rechtsgrunde, durch welche ein Zahlungsversprechen zum formellen Vertrag sich erhebt. So wie jene Negation selbst subjektiv zu einem wirklichen positiven Rechtsgrund wird (s. S. 12 m. S.), so nimmt dieselbe auch processualisch den Charakter des Positiven an, während die Abstraction von der causa umgekehrt sich in einer processualischen Negative erweist. Ich kann daher auch sagen: jene verwechseln die materielle Negation einer causa mit der processualischen negativen Erscheinung einer solchen; das materielle liquet non mit dem processualischen non liquet. Auf den Vorwurf der Inconsequenz aber, daß ich meinerseits den Schenkungsvertrag nicht zu den formellen Verträgen rechne, kann ich nur erwiedern, daß, wer ihn mir macht, den Begriff des formellen Vertrags, so wie ich ihn aufgestellt, nicht gehörig erfaßt hat.

Richtig aber ist, daß — wie ich auch selbst ausgeführt — jener Gegensatz einer Vermittelung fähig ist, namentlich in der Weise, daß das in bestimmt abgeschlossener Form geleistete Schuldversprechen seinen Rechtsgrund als Bedingung in sich aufnimmt. Wenn der Verkäufer durch Stipulation (resp. durch Schuldschein) sich verpflichtet, die Waare gegen Zahlung des bezeichneten Preises, der Käufer den Preis gegen Lieferung der bezeichneten Waare zu leisten: so sind die solchergestalt durch doppelten einseitigen (formellen) Vertrag übernommenen Verpflichtungen den Verpflichtungen beider aus dem materiellen Kaufvertrag völlig adäquat. Und ebenso fließt eine Stipulation des Inhalts:

Spondesne mihi C dono dare?

und eine heutige Schuldurkunde:

Ich bescheinige, dem A. 100 als Geschenk zu schulden.

in ihrer Wirksamkeit mit dem materiellen Schenkungsvertrag zusammen. Ich sage deshalb auch nur, die Stipulation sei fähig gewesen, das Schuldversprechen von seinem Rechtsgrunde zu isoliren, und nehme dieselbe Fähigkeit für das heutige auch nicht in Stipulationsform eingekleidete Versprechen in Anspruch, vorausgesetzt, daß sich die Absicht der Isolirung desselben von seinem Rechtsgrunde zu erkennen giebt. Diese Absicht kann sich aber bei der Formfreiheit des heutigen Rechts in doppelter Weise manifestiren: entweder ebenfalls durch die Wahl einer gewissen Form, welche, ganz wie die Stipulation, das obligatorische Versprechen gleichsam in einem Rahmen fest abschließt und dadurch zur Selbstständigkeit erhebt[8]);

---

8) Dies geschieht namentlich in der Form der (einseitigen) Verpflichtungsurkunde, vorausgesetzt, daß sie nicht auf etwas außer ihr Liegendes als ein zu ihrer Ergänzung bestimmtes Moment Bezug nimmt (referens sine relato). — Es kann aber auch noch in anderer Weise geschehen. Denken wir, A. und N. verhandelten erst privatim mit einander und riefen dann einige Personen als Zeugen

oder durch die Stellung, welche das Versprechen zu seinem Rechtsgrunde einnimmt, wie dies namentlich dann der Fall ist, wenn ein Schuldversprechen unter Bezugnahme auf eine bestehende Schuld zwecks deren Anerkennung geleistet wird. Im ersteren Falle kann man auch bei uns gewissermaßen von einer (positiv-) formellen Erweisung des abstrahirenden Willens reden. Im letzteren Falle, kann man sagen, erweise sich dieser abstrahirende Wille materiell.

Man könnte freilich im letzteren Falle fragen, worin denn der Unterschied liege, wenn der aus einem Versprechen Klagende die damit verbundene auf Anerkennung einer bestehenden Schuld gerichtete Absicht eben so darlegen müsse, wie der aus einem Schenkungsvertrag Klagende die Schenkungsabsicht? — Wer aber so fragen wollte, würde die Verschiedenheit in der Natur des Schenkungs- und des Anerkennungswillens verkennen. Der Wille zu schenken ist der wirkliche, materielle Rechtsgrund des Versprechens. Die Absicht anzuerkennen, entsagt dem wirklichen materiellen (in dem anerkannten Schuldverhältniß liegenden) Rechtsgrund, indem damit erklärt wird, es solle auf letzteres (processualisch) nicht mehr ankommen. Sie charakte-

---

herbei, vor welchen sie erklärten: „Wir sind einig geworden, daß N. binnen 2 Monaten an A. 100 zu zahlen hat, was wir hiermit erklären, damit ihr es nöthigenfalls bezeugen könnt;" so würde in diesem Vorgang unzweifelhaft die Absicht kund gegeben sein, daß A. von N. jene 100 ohne weitere Darlegung des materiellen Schuldgrundes fordern dürfe. Das so geleistete Schuldversprechen hätte also die Natur eines formellen Vertrags angenommen. — Anders, wenn jene Zeugen gerade zufällig durch die Stube gegangen wären in dem Augenblicke, wo N. dem A. im Laufe des Gesprächs gesagt hätte: „ich verspreche dir dagegen binnen 2 Monaten 100 Thlr. zu zahlen;" ohne daß sie vernommen, in welchem Zusammenhang dieses Versprechen stehe. Auf das solchergestalt für sich allein beweisbare, jedoch seinem Zusammenhang entrissene Schuldversprechen würde eine Klage nicht gegründet werden können.

risirt solchergestalt gerade den abstrahirenden, formellen Willen seiner materiellen Bedeutung nach.

Sehr häufig wird aber eine Verbindung beider Arten der Erweisung des formellen Willens in der Art eintreten, daß ein auf Anerkennung einer bestehenden Verbindlichkeit gerichtetes Versprechen in die Form einer Schuldurkunde gefaßt wird.

Nach diesen Erläuterungen kann ich mich mit Arndts ganz einverstanden erklären, wenn er sagt (S. 223): „Das wesentlich Entscheidende ist überall die Richtung und der Inhalt des Verpflichtungswillens, zu dessen Erklärung nur das römische Recht regelmäßig eine bestimmte Form erforderte;" — sofern man nur im Gedächtniß behält, daß dieser Verpflichtungswille eine verschiedene Natur annimmt, je nachdem er sich in sich selbst abschließt, oder die Verbindung mit seinem Rechtsgrund als ihn ergänzenden, seine Wirksamkeit bedingenden Moment beibehält. Und ebenso hat Unger nur meine eigene Begriffsbestimmung wiederholt, wenn er (S. 67) sagt: „Formelle Verträge sind im heutigen Recht diejenigen, bei welchen die Parteien mit Bewußtsein und absichtlich das obligatorische Versprechen von seiner causa isoliren;" — vorausgesetzt, daß man nur unter den Worten „mit Bewußtsein und Absicht" das Richtige versteht; wovon unten noch weiter.

Wenn aber Arndts (S. 237) ferner sagt:

> „Mir will es scheinen, als ob überhaupt die Unterscheidung der materiellen und negativ-formellen Verträge im Sinne des Vfs. nicht den Werth habe, den er ihr beilegt, und als ob er einfacher und sicherer zum Ziel gekommen wäre, wenn er nur consequent den Satz, daß der Verpflichtungswille die einzige wahre Quelle der Obligatio sei, festgehalten hätte;"

und wenn Unger (S. 66) übereinstimmend äußert:

> „um der Novation [9]), der Abrechnung der Rechnungsstellung und dem einfachen Anerkennungsvertrag den Charakter auch heutzutage rechtsverbindlicher Geschäfte zu vindiciren, bedarf es jener Unterscheidung (zwischen formellen und materiellen Verträgen) gar nicht, sondern es genügt, an dem Satze festzuhalten, daß der Verpflichtungswille die wahre Quelle der obligatio ex contractu sei;"

so kann ich das doch nicht ganz gelten lassen. Allerdings würde eine Hinweisung auf den vorhandenen Verpflichtungswillen genügen, um zu beweisen, daß Abrechnung, Rechnungsstellung u. s. w. wahre Verträge seien. Allein es kommt zugleich darauf an, die eigenthümliche Natur dieser Rechtsgeschäfte zu erfassen; zu begreifen, daß und warum einerseits in diesen Verträgen, im Gegensatz zu den materiellen, das obligatorische Versprechen an und für sich (als „Summenversprechen" würde Thöl sagen) Geltung gewinnt, und daß und warum andererseits jene Verträge vom Standpunkt eines außerhalb des Vertragswillens liegenden Verhältnisses, der materiellen causa, einer eigenthümlichen Anfechtbarkeit unterliegen; einer Anfechtbarkeit, die zwar auch bei materiellen Verträgen in ähnlicher Weise vorkommen kann (l. 5 §. 1 de act. emt. 19, 1), aber gerade bei den formellen Verträgen die bedeutendste Rolle spielt, weil für das abstracte Zahlungsversprechen die Existenz einer solchen außerhalb desselben liegenden causa nicht etwas Zufälliges, sondern Nothwendiges ist.

Das Abrechnungsgeschäft setzt seiner innersten Natur nach bereits bestehende Schuldposten voraus, auf welche es gebaut

---

9) Der „Novation" erwähnt Unger mehrfach als eines Geschäfts des heutigen Rechts, ohne zu sagen, wie er sich dieselbe eigentlich praktisch denkt; was um so mehr zu wünschen gewesen wäre, da man nicht überall etwas Klares und Richtiges darunter begreift.

ist; und es ist anfechtbar wegen irrthümlicher Unterstellung dieser Schuldposten, also wegen eines Irrthums in den Beweggründen. Unterliegt nun etwa auch der Schenkungsvertrag einer solchen Anfechtung, weil sich der Schenker in dem Beweggrunde seiner Schenkung geirrt? — Wenn ich nach gepflogener Abrechnung mit Ignorirung derselben auf die einzelnen darin begriffenen Schuldposten Zahlung leiste, so gilt nun doch die Abrechnungsschuld als getilgt. Wie kommt das? Lassen sich etwa auch materielle Obligationen aufweisen, die dadurch sich erledigen, daß ich eine andere materielle Obligation bezahle? — Auch noch in anderen, mehr vereinzelten Erscheinungen ist der Gegensatz erkennbar. Ich will nur ein Beispiel anführen. Nach den Grundsätzen der particulären Gütergemeinschaft, wie sie z. B. in Kurhessen gilt, soll die Frau für die vom Mann während der Ehe mit ihrem Wissen und Willen gemachten Schulden subsidiär zur Hälfte haften. Wird man dahin auch rechnen, wenn der Mann über seine vorehlichen Schulden während der Ehe a b r e c h n e t? Hier ist wirklich eine obligatio w ä h r e n d der Ehe entstanden; und dennoch, glaube ich, wird man die Ehefrau nicht dafür haftbar machen wollen, so wenig, wie für die judicati obligatio, wenn der Ehemann wegen vorehelicher Schulden während der Ehe verurtheilt wird. Warum? Weil Abrechnung, ebenso wie Judicat nur f o r m e l l neue Obligationen erzeugen, jene Rechtsregel aber, welche die Frau für die Eheschulden haften läßt, nur die materiell während der Ehe neu entstandenen Schulden im Sinne hat. — Auf diese und ähnliche Erscheinungen möchte ich verweisen und dann die Frage stellen, ob nicht doch der von mir hervorgehobene Gegensatz zwischen materiellen und formellen Verträgen eine Bedeutung habe? Ja ich möchte behaupten: nur der Umstand, daß A r n d t s und U n g e r in die Eigenthümlichkeit des f o r m e l l e n Verpflichtungswillens, na-

mentlich in die aus dessen Anfechtbarkeit hervorgehende absonderliche Schwäche desselben sich nicht genügend hineingedacht, ist Schuld daran, daß sie in dem wichtigsten Product jenes Willens, dem Schuldschein, einen Verpflichtungswillen überhaupt zu erkennen nicht vermocht haben.

Um das Wesen des formellen Vertrags im heutigen Rechte zu würdigen, habe ich geglaubt, auf das römische Recht zurückgehen und dort die Natur und Wirksamkeit der Stipulation untersuchen zu müssen. Hierbei treffen wir auf einen Gegensatz zwischen strictum jus und aequitas, dessen Ausbau an Feinheit kaum seines Gleichen hat. Das, was ich als den Grundgedanken des formellen Vertrags bezeichnete, die Unabhängigkeit des darin aufgenommenen obligatorischen Versprechens von seiner causa, war die Lehre des strictum jus. Ich glaube nicht, daß jemals die Römer diese Lehre als den „schwersten Mangel" [10]), als ein rechtshistorisches Unglück empfunden und deswegen sich beeilt haben, solche radical über Bord zu werfen. Davon kann uns die ganze praktische Benutzung der Stipulation als eines Surrogats der Zahlung überzeugen. Wenn die Schuldscheine des Mündels verbrannt sind, so soll der Vormund die Schuldner aus dem Inventar belangen „ad solvendam pecuniam aut novationem faciendam" (l. 57 de admin. et peric. 26, 7). Wer kein Geld, um zu zahlen, zur Hand hat, geht statt dessen eine Stipulation ein (l. 19 § 5 ad SC. Vell. — deinde ego, quia ad manum nummos non habebam, stipulanti tibi promisi). Wozu solcher Geschäftsverkehr, wenn die Stipulation nur ein leeres, ohne Beweis ihrer causa unwirksames Versprechen war? — Allerdings aber fühlte man bei fortschreitender Rechts-

10) Vgl. Dernburg in der Rec. V. S. 505.

bildung, daß das strictum jus, indem es zwischen Stipulation und ihrer causa jede Verbindungsbrücke abbrach, zu weit gehe. Man fühlte deshalb das Bedürfniß einer Modification, zu welcher das jus aequum die Mittel geben mußte. Aber man erkannte eben so sehr, daß auch die Rechtsstrenge ihren Werth und ihre Berechtigung hat; daß das Leben schützender Formen nicht entbehren kann; und daß eine verständige Handhabung der letzteren im Zweifel weit sicherer zur Erreichung des wahren, materiellen Rechts führt, als ein direktes Nachjagen nach solchem mit Mitteln, über deren Zulänglichkeit nur derjenige sich täuschen kann, der die Natur der Dinge und die daraus hervorgehende Unvollkommenheit menschlicher Erkenntniß nicht kennt. Diese richtige Anschauung aber führte dahin, die modificirenden Institute der aequitas dergestalt zu beschränken, daß daneben die Wirksamkeit des strictum jus nicht völlig verschwand, sondern in einem gewissen Maße fortlebte. Bei der Anfechtbarkeit der Stipulation wegen Mangels der causa tritt dies in zwei Erscheinungen hervor:

> den zur Sicherung einer bestehenden Verbindlichkeit eingegangenen Stipulationen gegenüber in der Zurückführung ihrer Anfechtbarkeit auf die Grundsätze der condictio indebiti;
>
> denjenigen Stipulationen gegenüber, welche ich der Kürze halber Darlehns-Stipulationen nennen will, in der zeitlichen Beschränkung ihrer Anfechtbarkeit mittelst Befristung der exceptio non numeratae pecuniae.

In beiden Erscheinungen lebte die formelle Kraft der Stipulation, trotz der modificirenden Grundsätze der aequitas, auch im Justinianischen Rechte noch fort; und deshalb finden wir in der praktischen Ueberschau des geltenden Rechts, welche

Justinian durch die Institutionen gewähren will, beide neben einander aufgeführt — §. 1 und 2 J. de exception. (4, 13). Mit diesen beiden Erscheinungen werden wir uns daher zu beschäftigen haben.

Um das Wesen der cond. indeb., wie ich es auffasse, klar zu stellen, muß ich wieder auf processualische Verhältnisse zurückgehen. So lange der Schuldner noch nicht gezahlt hat, ist der Gläubiger, wenn er vor Gericht Zahlung begehrt, in der Lage, seinerseits die Schuld thatsächlich darlegen und, wenn der Schuldner leugnet, die dargelegten Thatsachen beweisen zu müssen. Vermag er Eines oder das Andere nicht, so wird er abgewiesen, ungeachtet vielleicht die Schuld wirklich besteht. Es kommt also nicht darauf an, daß die Nicht-Schuld positiv constire; es genügt schon vollkommen das Nichtconstiren der Schuld, um dem Schuldner zum Obsieg zu verhelfen.

Würde nun dadurch, daß der Schuldner zahlt, rechtlich in diesem Stand des Verhältnisses nichts geändert, so dürfte der Schuldner die cond. indeb. in folgender Weise anstellen: „ich habe auf eine Schuld dem Verklagten die und die Zahlung geleistet, ich bestreite den Bestand einer Schuld und bitte deshalb, den Verklagten zur Rückzahlung zu verurtheilen." Darauf hätte dann der Gläubiger einredeweise die Schuld, auf welche gezahlt sei, thatsächlich darzulegen; der Kläger dürfte aber in der Replik diese Darlegung einfach leugnen, und dem Verklagten (Gläubiger) würde dann gerade so, als ob er seinerseits die Schuld einklagte, die thatsächliche Grundlage derselben zum Beweis gestellt. Wollte derselbe nun auch hierbei sich auf die durch die Zahlung bethätigte Ansicht des Schuldners von dem Bestand der Schuld als Beweismo-

ment beziehen: so würde eine solche blos geäußerte Ansicht doch nur ein ganz unsicheres, schwankendes Beweismittel abgeben und den zu führenden Beweis um so weniger vollkommen erbringen, als dieselbe nur auf den Bestand einer Schuld im Allgemeinen, nicht auf die begründenden Thatsachen der speciell zu erweisenden Schuld hindeutete. Jede Unvollkommenheit des Beweises aber würde zum Nachtheil des Gläubigers, als des principaliter mit der Beweisführung Belasteten, ausschlagen, und eine Verurtheilung desselben zur Rückzahlung zur Folge haben. Und zu demselben Resultate müßte es auch schon ohne alles Beweisverfahren kommen, wenn vielleicht der Gläubiger die bezahlt erhaltene Schuld nicht einmal genügend thatsächlich darzulegen vermöchte.

Verhält sich nun die Sache wirklich so? Muß wirklich der mit der cond. indeb. belangte Gläubiger, um die empfangene Zahlung behalten zu dürfen, den Bestand der Schuld ebenso darlegen und beweisen, wie er es muß, um die noch nicht empfangene Zahlung zu erlangen? — Ich glaube nicht. Der Schuldner, welcher gezahlt hat, kann nicht mehr einfach sagen: „ich bestreite die Schuld, deshalb gieb mir mein Geld zurück, wenn du nicht die Schuld beweisen kannst.“ Er kann nur in folgender Weise condiciren: „ich habe auf die und die Schuld gezahlt, indem ich dabei von den und den, diese Schuld begründenden, thatsächlichen Unterstellungen ausging. Von diesen Unterstellungen ist das und das irrig gewesen, und da hiernach eine Schuld nicht besteht, so bitte ich um Rückzahlung.“ Der verklagte Gläubiger aber darf die behauptete Unrichtigkeit der betreffenden Unterstellung einfach leugnen, worauf dann der Schuldner dieselbe zu erweisen hat. Der Schuldner ist also der principaliter mit dem Beweis der Nicht-Schuld Belastete. Von einer Nöthigung des Gläubigers,

seinerseits die Schuld darzulegen und zu beweisen, kann nicht die Rede sein [11]).

Das hier Dargestellte läßt sich auch so ausdrücken. Materiell ist allerdings nur eins von beiden möglich: eine in Frage gezogene Schuld besteht entweder, oder sie besteht nicht. Processualisch ist aber noch ein Drittes möglich, ein non liquet der Schuld. So lange nun der Schuldner noch nicht gezahlt hat, kommt ihm dieses non liquet zu Statten. Mit geleisteter Zahlung aber dreht sich das Verhältniß um; die Chance des non liquet steht fortan zum Vortheil des Gläubigers. Das Nicht-schuldig-sein, je nachdem es als Ergebniß der Schuldklage des Gläubigers oder der condictio indeb. des Schuldners gedacht wird, ist etwas ganz Verschiedenes; dort ist es ein processualisch negativer, hier ein positiver Begriff; dort faßt es das non liquet in sich, hier schließt es dasselbe aus.

Ich habe in meiner Schrift diese charakteristischen Erscheinungen aus dem quellenmäßigen Erforderniß des Irrthums bei der cond. indeb. abzuleiten gesucht, indem der Irrthum seine objective Grundlage eben aus dem Nichtbestande der Schuld entnimmt, welcher dadurch zu einer positiven Bedingung der Condiction sich erhebt. Daneben spielt der Beweis des subjectiven Moments des Irrthums, wobei dann auch noch die Entschuldbarkeit desselben in Frage kommt, eine nur untergeordnete Rolle. Man kann das Erforderniß des (subjectiven) Irrthums bei der cond. indeb. aus einem doppelten Gesichtspunkt auffassen. Man kann sagen: auch wenn eine Nicht-Schuld (scheinbar) bewiesen wird, so soll dieselbe doch nicht beachtet werden, wenn

---

11) Soweit ich die Praxis kenne, wird in dieser die hier dargestellte Auffassung der cond. ind. nicht bezweifelt.

nicht zugleich erwiesen wird, daß die Unterstellung der Nicht-Schuld auf Irrthum beruht. So aufgefaßt stellt sich jenes Erforderniß als ein materielles, als eine besondere Beschränkung der cond. ind. dar, zufolge deren selbst über das Gebiet des non liquet hinaus dem Gläubiger eine Chance zu Gute kommen soll. Man kann aber auch so sagen: die zu erweisende Nicht-Schuld wird in Wirklichkeit nur völlig glaubhaft, wenn der Condicent zugleich seinen Irrthum in Unterstellung der Schuld darlegt; indem, wo ein solcher Irrthum nicht zu erkennen steht, die Annahme nahe liegt, daß der Condicent wohl noch aus anderen Gründen, als den von ihm angeblich unterstellten, gezahlt haben müsse. In dieser Auffassung nimmt das Erforderniß des Irrthums mehr einen processualischen Charakter an; das Gebiet des dem Gläubiger zu Gute kommenden non liquet gewinnt dadurch, daß für die Nicht-Schuld ein besonders qualificirter Beweis begehrt wird, an innerer Ausdehnung. In ähnlicher Weise läßt sich auch das quellenmäßige Erforderniß der Entschuldbarkeit des Irrthums entweder als ein selbstständiges materielles, oder auch als eine Qualification für die processualische Glaubhaftmachung des Irrthums betrachten (vergl. S. 78 m. S.).

Ich halte es im Grunde genommen für einerlei, welche dieser Auffassungsweisen man vorwalten lassen will. Beide spielen unwillkürlich in einander über. Und zwar um so mehr, als der Irrthum, wenn er auch dem Richter positiv glaubhaft werden muß, doch der Natur der Sache nach niemals völlig streng zu beweisen, vielmehr nur kraft vernünftigen Schlusses aus der Gesammtheit der dargelegten Verhältnisse zu entnehmen steht. Hierbei wird aber wieder der Beweis der Nicht-Schuld so bedeutend in's Gewicht fallen, daß unter Umständen aus ihm allein auch schon der Beweis des Irrthums in zureichendem Maaße sich herstellt. Wann dies der

Fall, ist eine concrete Frage, für welche sich nur Beispiele, nicht wohl Regeln geben lassen. Wo es aber eintritt, da verschwindet auch äußerlich der Beweis des Irrthums als selbstständiger; er schiebt sich mit dem der Nicht-Schuld in einander, so daß sich in dem letzteren die gesammte Beweisführung des Condicenten concentrirt [12]). Charakteristisch aber bleibt immer, daß die Nichtschuld einer positiven Darlegung und Beweisführung von Seiten des Condicenten bedarf.

Nach diesen Erläuterungen wird es keinem Mißverständniß unterliegen, wenn ich zur Bezeichnung des Wesens der cond. indeb. mich fortan des Ausdrucks bediene: der Condicent habe qualificirten Beweis der Nicht-Schuld zu erbringen. Eine von meiner früheren sachlich verschiedene Auffassung ist darin nicht enthalten; vielleicht aber wird der Ausdruck Manchem genehmer sein.

Nicht genug aber kann für das Verständniß der cond. ind. Folgendes betont werden. Man betrachtet es heutzutage gewöhnlich als sich ganz von selbst verstehend, daß derjenige, welcher auf eine Schuld gezahlt hat, wenn sich nachher ergebe, daß er nichts schuldig gewesen, das Gezahlte zurückbekommen müsse. Die Grundanschauung unseres Rechts ist eine ganz andere. Das strictum jus sagte dem Schuldner: „hast du auf eine Schuld gezahlt, so kommt die Frage, ob die Schuld bestand oder nicht, gar nicht weiter in Betracht; denn entweder bestand sie, dann hast du mit Recht gezahlt, oder sie bestand nicht, dann hast du zwar ohne Rechtsgrund, aber doch auch ohne Vorbehalt [13]) gezahlt;

---

12) Dies Alles findet sich zwar schon in meiner Schrift (S. 77 flg.) angedeutet. Ich hebe es aber hier nochmals hervor, weil darin vielleicht ein Knotenpunkt für eine Verständigung zwischen Arndts und mir liegen könnte.

13) Darauf beruht es, daß die Römer bei der cond. ind. eine

und da man nun auch Eigenthum ohne weiteren Rechtsgrund Jemandem zuwenden, d. h. schenken kann, so hat es bei der geleisteten Zahlung sein Bewenden."

Diese Grundsätze sind auch im heutigen Rechte noch nicht völlig untergegangen. Noch immer wird dem Schuldner, welcher qualificirten Beweis der Nicht-Schuld nicht zu erbringen vermag, wenn er sich darauf berufen wollte, daß doch auch die Schuld nicht bewiesen sei, zugerufen: Donasse videris. Dieses Festhalten des Schuldners bei der geleisteten Zahlung ist also nichts weiter, als der noch fortlebende Grundgedanken des jus strictum; und wenn sich der Schuldner über die ungünstige Stellung, welche ihm die cond. indeb. gewährt, beklagen wollte, so würde ein römischer Jurist ihm erwidern, daß ja die ganze Condiction nur ein beneficium juris sei, auf welches er der Strenge nach gar kein Recht habe.

Da wir in den Quellen die cond. ind. nicht allein bei der Zahlung, sondern auch bei andern, mit Beziehung auf eine bestehende Verbindlichkeit bewirkten Vermögenszuwendungen in Anwendung gebracht finden: so schien es mir von Interesse, dasjenige Element der Zahlung und der analogen Vermögenszuwendungen, welches in gedachter Weise dem auf ihre Rückgängigmachung hinzielenden Rechtsmittel der aequitas Widerstand leistet und dasselbe auf ein verengtes Gebiet beschränkt, aufzusuchen und auf einen einheitlichen Begriff zurückzuführen. Ich glaubte dieses Element in der durch die vollendete Vermögensübertragung bethätigten Ansicht von dem Bestand der Schuld finden zu dürfen, und bezeichnete diese Ansichts-Bethätigung als „Anerkennung

---

obligatio ex contractu verneinen; qui enim solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo, quam contrahendae dare videtur. (l. 5 §. 3 de O. et A. 44, 7.)

der Schuld." Diese Bezeichnung ist keineswegs neu. Sagt doch bereits Puchta[14]): „Die Anerkennung der Schuld ist es, welche dem Zahlenden bei der cond. indeb. die Beweislast zuwendet." Um ferner dieses der cond. indeb. gegenüber wirkende Element in seiner specifisch juristischen Wirksamkeit zu andern Fällen einer kundgegebenen Ansicht von dem Bestand einer Schuld oder eines sonstigen Rechtsverhältnisses (wo man gleichfalls von einer „Anerkennung" reden kann), in Gegensatz zu stellen, wählte ich die Bezeichnung der „ächten" und „unächten" Anerkennung. Während ich der letzteren nur die Kraft eines je nach Umständen wirkenden Beweismomentes beimaß, bezeichnete ich das Wesen der ächten Anerkennung dahin, daß sie denjenigen, welcher sie für sich habe, von der Darlegung und dem Beweise der Schuld befreie, vielmehr den Gegner nöthige, qualificirten Beweis der Nicht-Schuld zu führen. „Die Anerkennung der bestehenden Schuld, als subjective causa, bildet ein Surrogat der objectiven." Da nun die solchergestalt bewirkte juristische Veränderung in dem Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner zum Nachtheil des letzteren nothwendig auf dessen Willen zurückgeführt werden muß; da das donare voluisti, welches die Gesetze dem condicirenden Schuldner unter Umständen auch ohne positiv bewiesene Schenkungs-Absicht desselben entgegenhalten, in der That nichts weiter ist, als ein Festhalten desselben bei seinem durch die Zahlung zur Vollendung gediehenen Wollen: so glaubte ich die ächte Anerkennung auf den Willen des Zahlenden zurückführen, mithin als einen Willensakt bezeichnen zu dürfen, welcher, gleich dem gerichtlichen Geständnisse im Civilproceß, formell binde. Dagegen ist es mir nicht eingefallen, dem Dinge, welches ich „ächte Anerkennung" nenne, eine selbstständige Natur in dem

14) Kleine Schriften S. 610.

Sinne beizulegen, daß sie anders bestände, als durch, mit und in derjenigen Vermögenszuwendung, vermittelst welcher sie bethätigt ist. Ich habe dieselbe ausdrücklich nur als eine „abstract ausgedrückte Eigenschaft,“ als ein „Element“ der Zahlung bezeichnet, und hervorgehoben, wie sie ihre Wirksamkeit nicht über die durch sie vermittelte Vermögenszuwendung hinaus ausdehne. Nur insofern habe ich ihr eine gewisse Selbstständigkeit beigemessen, als sie durch Vorbehalt der Rückzahlung für den Fall, daß ein indebitum sich ergebe, von der Zahlung ausgeschieden werden könne (l. 2. de cond. indeb.).

Der hier in nuce wiedergegebene Theil meiner Ausführung hat bei Arndts wiederum Bedenken erregt. Er sagt (S. 225 flg.): „ich kann zahlend die Schuld anerkennen wollen, und dieser Wille kann auch, wenn kein Form-Mangel im Wege steht, verpflichtend wirken. Aber ich kann auch bloß in der Meinung oder Voraussetzung einer bestehenden Schuldverbindlichkeit zahlen. Hier ist diese Meinung als irrthümliche Erkenntniß nur das Motiv des Willens, der sich in der Leistung bethätigt; die Anerkennung hat an sich keinen anderen Charakter als die Anerkennung des Vorhandenseins der causa in den Fällen einer datio ob causam; sie ist so zu sagen nur eine theoretische Anerkennung; gewollt ist nur die Leistung zum Zwecke der Erfüllung der (theoretisch anerkannten) Schuldverbindlichkeit.“ — „Nach des Verf. Theorie würde man consequent dahin kommen, die cond. indebiti ganz auszuschließen. Denn wenn jede Zahlung eine Anerkennung als Willensakt in sich schließt, so kann sie nicht wegen Mangels der Verbindlichkeit angefochten werden, weil die als daseiend gewollte als wirklich daseiende wirken müßte, wie z. B. nach C. 11 de cond. ind., wenn Vergleichs halber die Schuld anerkannt ist. Man könnte wohl noch nach dem Motiv die-

ses Anerkennenswillens fragen; wollte man aber dieses nur in der irrthümlichen Voraussetzung der fraglichen Schuld finden, und deshalb die Anfechtung jenes Willens und somit folgeweise der Zahlung begründet halten, so würde sich die in Mitte liegende Fiction oder Präsumtion des Anerkennungswillens als eine völlig nutzlose und überflüssige Operation darstellen.“ — „Dem Verf. ist demnach nur zuzugeben — nicht, daß in der Zahlung stets eine Anerkennung der Schuld als Willensact liege oder doch darin liegend angenommen werde, sondern — daß eine solche darin enthalten oder vielmehr damit verbunden sein könne. Wo dies der Fall ist, da trifft dasjenige zu, was der Verf. von ihr im Gegensatz der Anerkennung als bloßen Beweismoments sagt.“

Worin liegt nun die Differenz dieser Anschauung von der meinerseits aufgestellten? Wie mir scheint darin, daß Arndts einen anderen Begriff von dem Wort „Anerkennung“ sich gebildet hat. Ich verstehe unter „Anerkennung“ die (durch keinen Vorbehalt bedingte) Bethätigung der Ansicht von dem Bestand einer Schuld durch eine dieser Schuld entsprechende Vermögenszuwendung. Arndts will nur diejenige Bethätigung dieser Ansicht darunter begreifen, welche im bewußten Aufgeben einer Bestreitbarkeit der Schuld erfolgt. Meinem Begriff nach ist die „Anerkennung“ in jeder an keinen Vorbehalt geknüpften Zahlung enthalten, jedoch unter Umständen (mittelst der cond. ind.) anfechtbar. Seinem Begriffe nach kann dieselbe zufällig mit einer Zahlung verbunden sein, und sie schließt alsdann die cond. ind. aus.

Daß hier in der That nur ein Streit über den unter das Wort „Anerkennung“ zu stellenden Begriff obwaltet, zeigt sich denn auch in den Resultaten. Mit mir übereinstimmend erachtet es Arndts (S. 228) für „ebenso richtig als wichtig,“ daß wie in der datio solvendi causa eine Eigenthumsübertragung,

so in der promissio debiti ein verpflichtender Willensakt liege, dessen Wirksamkeit wegen bloßer Nicht-Existenz der Schuld nicht anzufechten stehe; daß vielmehr hierzu entschuldbarer Irrthum erforderlich sei. Ebenso habe ich nie daran gedacht, in der einer stipulatio debiti zu Grunde liegenden Anerkennung noch für irgend eine andere Klage, als die aus eben jener Stipulation, ein die Darlegung der ursprünglichen Verbindlichkeit erübrigendes Surrogat finden zu wollen [15]). Endlich glaube ich auch, daß wir in der Anschauung über den Werth und die Bedeutung der l. 25 de probat., deren Vertheidigung Arndts halb und halb übernimmt, nicht wesentlich differiren [16]). Ich bin überzeugt, daß auch er es unvernünftig und ungerecht finden würde, wollte man einem Vormund, welcher eine von dem Pupillen auf eigene Hand geleistete Zahlung zurückfordert, den positiven Beweis der Nicht-Schuld aufbürden, sollte er

---

15) Arndts redet davon S. 227. Das dort angeführte praktische Beispiel verstehe ich nicht ganz. Daß Jemand „anstatt der Lieferung einer verkauften Sache eine Summe Geldes ohne Novation verspreche," scheint mir ein Widerspruch in sich; wie auch A. später (S. 242) anzuerkennen scheint.

16) Es ist überhaupt eine eigene Sache mit der Quellen-Behandlung. Fast Jeder, welcher ein umfassendes, durch vielfache Aussprüche unserer Rechtsbücher berührtes Gebiet bearbeitet, wird in der Lage sein, von seinem Standpunkt aus einer oder der anderen Stelle mit einer deren Einfluß mehr oder weniger bekämpfenden Kritik entgegentreten zu müssen. Für einen Andern, der jenen Standpunkt nicht theilt, ist dann nichts leichter, als ihm mit dem Vorwurf der „Nicht-Quellenmäßigkeit," „Willkür" u. s. w. zu begegnen. So hat der, welcher zuerst eine solche Kritik übt — da sich deren Richtigkeit niemals mathematisch beweisen läßt — allerdings einen schweren Stand. Hat man aber, wie dies bei meiner Auffassung der l. 25 de probat. der Fall, bereits Vorgänger, wie Cujac, A. Faber, Savigny, Gneist u. s. w., so kann man schon beruhigter darauf hinblicken, wenn auch z. B. Dernburg jene Auffassung für ein „Phantasiegebilde" erklärt.

auch vielleicht (überflüssiger Weise) in der Klage die Nicht-Schuld behauptet, oder seinen Anspruch durch ein theilweises Zugeständniß der Schuld beschränkt haben. Und eben so wird A. schwerlich dissentiren, wenn ich folgende Klage für verwerflich halte:

> Ich habe dem Verklagten vor längerer Zeit so und so viel auf eine Schuld bezahlt. Da ich nun ein Frauenzimmer (Bauer, Soldat, oder auch ein einfältiger und sorgloser Mensch) bin, so bitte ich, den Verklagten, sofern er nicht die Schuld darlegen und erweisen kann, zur Rückzahlung zu verurtheilen.

Urtheilt aber A. mit mir in dieser Weise, so stimmt er eben in der Auffassung der l. 25 cit. mit mir überein; da ja auch ich zugebe, daß bei dem faktischen Schluß aus der bewiesenen Nicht-Schuld auf den Irrthum jene Personen günstiger beurtheilt werden dürfen.

Die zwischen Arndts und mir zu entscheidende Frage bestimmt sich hiernach, wie ich glaube, dahin: ist es für die juristische Einsicht förderlicher, einen Begriff so wie ich, oder wie er es thut, zu bilden und unter dem Wort „Anerkennung" [17]) zusammenzufassen? — Ich gestehe, daß ich die Begriffsstellung, wie sie meiner Schrift zu Grunde liegt, noch immer für werthvoller halte. Sagt man mit Arndts:

> Die Zahlung geschieht entweder in Anerkennung der Schuld — wenn sie mit Bewußtsein der Nicht-Existenz oder Bestreitbarkeit derselben erfolgt, und dann ist die Zahlung unwiderruflich;
>
> oder sie geschieht ohne Anerkennung derselben

17) Vom sprachlichen Standpunkt ist die Frage nicht zu entscheiden. Das Wort „Anerkennung" ist zu unbestimmt, als daß es sich nicht gefallen lassen müßte, so oder so verwendet zu werden.

— wenn sie in der irrthümlichen Voraussetzung der Existenz der Schuld geschieht;

so läßt diese Aufstellung mindestens völlig zweifelhaft, für welches von beiden Verhältnissen die processualische Vermuthung streite. Ja es würde sogar, da hier in der ersten Alternative der Anerkennungswillen zu etwas Positivem, zu einer Art Verzicht gemacht wird, am nächsten liegen, zu sagen: „derjenige, welcher diesen Willen als mit der Zahlung verbunden gewesen behauptet, muß dies seinerseits darlegen und beweisen;“ mit andern Worten: „die cond. ind. ist so lange begründet, als nicht der Verklagte entweder den Beweis der Schuld oder den Beweis der Schenkungsabsicht des Zahlenden führt.“ Will dies Arndts? Nach seinen eigenen Aeußerungen (S. 228) glaube ich, daß er es nicht will. — Aller Zweifel wird aber vermieden, wenn man mit mir sagt:

in jeder ohne Vorbehalt geleisteten Zahlung bethätigt sich ein (wenn auch nur negatives) Wollen, den Bestand der Schuld nicht weiter in Frage zu ziehen;

und bei diesem Wollen wird der gezahlt habende Schuldner so lange festgehalten, als er nicht qualificirten Beweis der Nicht-Schuld erbringt.

Ich halte diese Darstellung für historisch tiefer; indem sie die Anschauung des strictum jus in Rechnung mit fortführt, und dadurch die Einsicht in das lebendige Dasein, in den noch fortwirkenden Kampf der beiden Elemente unseres Rechts wesentlich fördert. Ich halte sie für theoretisch richtiger, weil sie klar stellt, daß der in der Zahlung enthaltene Willen ganz der nämliche ist, mag er durch Irrthum oder Nicht-Irrthum influenzirt sein [18]); und daß die ungleiche Wirksam-

---

18) Ganz so, wie auch der erzwungene Willen ein wirklicher Willen ist (coactus volui. l. 21 §. 5 quod met. c. 4, 2). Vgl. Sa-

keit jenes Willens lediglich von einem außerhalb desselben liegenden Standpunkt, dem des Motives, bestimmt wird. Ich halte sie endlich auch für praktisch brauchbarer, weil sie die Grenze zwischen Anfechtbarkeit und Unanfechtbarkeit der Zahlung präciser bestimmt, namentlich das zwischen den beiden von Arndts aufgestellten Alternativen unentschieden liegen bleibende Gebiet des non liquet mit Entschiedenheit dem Zahlungsempfänger zuwendet.

Der Begriff der Anerkennung, wie ihn A. will, ist ein engerer, positiver, längst bekannter; denn sie identificirt sich bei ihm mit Schenkung oder Verzicht. Der von mir aufgestellte ist ein weiter gehender Begriff von mehr negativer Natur, der zwar von jeher in unserem Rechte lebendig [19]), aber bisher, so viel ich weiß, nicht wissenschaftlich entwickelt war; und in der Entwickelung desselben liegt, wenn es überhaupt einen Werth hat, der ganze Werth meines Buchs.

Der gewonnene Begriff der ächten Anerkennung sollte dazu dienen, zu zeigen, wie auch bei anderen Vermögenszuwendungen, welche in Anerkennung einer bestehenden

---

vigny, Syst. III S. 102 flg. — Die Parallele zwischen cond. indeb. und actio quod metus c. kann nicht genug festgehalten werden; wie denn auch Justinian in §. 1. J. de except. (4, 13) die Anfechtung der Stipulation wegen metus, dolus und error neben einander stellt.

19) Wenn ich sage: „in der Zahlung liegt eine ächte Anerkennung," so ist dieser Satz identisch mit dem Satze: „die Zahlung steht nur nach den Grundsätzen der cond. indeb. anzufechten." Das, was ich „ächte Anerkennung" nenne, ist in seiner praktischen Wirksamkeit eben nichts anderes, als das negative Bild von dem Rechte der cond. indeb. nach der obigen Darstellung. Deshalb ist denn auch Jeder, der die cond. indeb. eben so auffaßt, wie ich, mit mir sachlich einverstanden, daß in der Zahlung eine ächte Anerkennung liege, sollte er auch das Gegentheil versichern.

Schuld erfolgen, namentlich also bei der stipulatio debiti, derjenige, welcher diese Anerkennung für sich hat, von Darlegung und Nachweisung der ursprünglichen Schuld befreit sei, vielmehr von dem jene Vermögenszuwendung Anfechtenden qualificirten Beweis der Nicht-Schuld begehren dürfe. Dies ist es, wodurch die stipulatio debiti befähigt erscheint, als annäherndes Surrogat der Zahlung selbst zu dienen, indem sie, gleich dieser, die processualische Gefahr der Forderungs-Darlegung dem Gläubiger abnimmt. Ich folgerte dann weiter, daß heutzutage, wo die Stipulation durch ein Schuldversprechen in jeder anderen Form vertreten werde, auch jedes zur Anerkennung einer bestehenden Verbindlichkeit neu gegebene Schuldversprechen einen bis zum qualificirten Beweis der Nicht-Schuld wirksamen Klaggrund abgebe. Die Vertragsformen aber, in welchen ein solches Versprechen praktisch sich einzukleiden pflegt, bezeichnete ich als „Anerkennungsverträge." Auch diesen Namen habe ich nicht neu erfunden; er bildet nur eine Verdeutschung des Worts „Recognitivvertrag," eines Begriffs, den bereits Savigny (System VII S. 11) in gleichem Sinne gebraucht und zum Gegenstand einer Correspondenz mit Puchta gemacht hat.

Während nun Arndts (S. 228) in der Wirksamkeit der stipulatio debiti mir beipflichtet, auch (S. 236) zugiebt, daß dermalen das einfache Schuldversprechen einer gleichen Wirksamkeit fähig sei, macht ihm dagegen der Begriff des Anerkennungsvertrags Scrupel. Er unterscheidet (S. 241 flg.)

1) den einfachen Fall des Versprechens unter Bezugnahme auf eine irrthümlich vorausgesetzte Schuld; — das sei kein Anerkennungsvertrag.

2) Anders, wenn ich sage: „weil ich anerkenne, verspreche ich." Das sei zunächst auch nur ein anerkennendes Versprechen, nicht ein Anerkennungsvertrag; aber es sei doch

darin ein Anerkennungswillen vorhanden, und deshalb könne ich das Versprechen nicht blos deshalb, weil die Schuld nicht bestehe „oder ich mich darin geirrt habe" (vgl. jedoch S. 243), anfechten. — Ganz nahe trete dies an den Fall, wenn ich

3) geradezu oder schlechthin die Schuld anzuerkennen mich verpflichte; was man im strengen Sinne allein Anerkennungsvertrag nennen könnte.

Möchte man sich doch überzeugen, daß in allen diesen Fällen eine Verschiedenheit des Willens in der That nicht vorhanden ist! Auch wer eine irrthümlich vorausgesetzte Schuld zu zahlen sich verpflichtet, verspricht solche ja nicht als eine irrthümliche, sondern als eine vermeintlich bestehende. Er thut also ipso facto das nämliche, was der thut, welcher bei dem Schuldversprechen ausdrücklich sagt, er wolle die Schuld anerkennen. Auch wer dies nicht ausdrücklich gesagt hat, darf doch sein erneuertes Zahlungsversprechen gewiß nur so weit anfechten, als er in Irrthum gewesen. Und umgekehrt darf der, welcher ausdrücklich „anerkennen zu wollen" erklärt hat, diese Erklärung (wie A. S. 243 selbst zugiebt) doch so weit anfechten, als er in Irrthum gewesen. Worin besteht denn nun der Unterschied? — A. entnimmt seine Unterscheidung nicht dem innern Wesen des Rechtsgeschäfts — welches in jedem der bezeichneten Fälle das nämliche, von dem ursprünglichen Bestand der Schuld abstrahirende Zahlungsversprechen ist — sondern dem Erfolge desselben, welcher dadurch bestimmt wird, daß A. sich in dem einen Fall eine Einrede begründet, in den andern Fällen nicht begründet denkt. Seiner Darstellung würde es ungefähr entsprechen, wenn man die Lehre vom Kauf so vortrüge:

ein Kaufvertrag ist vorhanden, wenn sich zwei Personen über den Austausch von Waare und Preis einigen, und dieser Preis wenigstens die Hälfte des Werths der Waare beträgt;

eine solche Einigung ist dagegen kein Kaufvertrag, wenn der Preis weniger als jene Hälfte beträgt.

Auch hier ließe sich sagen, es sei eine „nutzlose und überflüssige Operation," da einen Kaufvertrag „fingiren oder präsumiren" zu wollen, wo derselbe doch keine Wirksamkeit habe. — Und doch wird es alle Welt richtiger und klarer finden[20]), wenn man sagt:

ein Kaufvertrag ist vorhanden, wenn sich zwei Personen über Austausch von Waare und Geld geeinigt. Beträgt jedoch der versprochene Preis noch nicht die Hälfte des Werths der Waare, so kann der Verkäufer den Vertrag anfechten.

Wenn nun, in Folge dieser Anschauungen, A. weiter sagt: „einen Anerkennungsvertrag müssen wir also allerdings anerkennen, wo der entsprechende Wille sich zu verpflichten vorliegt;" und unter diesem „entsprechenden Willen" einen positiv auf den Verzicht von Einwendungen gerichteten und als solchen nachweisbaren Willen versteht: so ist damit der praktische Werth des Begriffs „Anerkennungsvertrag" so gut als vernichtet. Es wäre wohl nichts dagegen einzuwenden, wenn der Richter mit der Allwissenheit eines Gottes über den Rechtsverhältnissen stände und jedem vor ihn gebrachten erneuerten Schuldversprechen sofort ansehen könnte, ob es auf ein wissentliches Aufgeben von Einwendungen, oder auf eine irrthümliche Unterstellung der Schuld sich gründe. Da das aber bekanntlich nicht der Fall ist, so muß sich doch der Richter entscheiden, ob er ein solches Schuldversprechen bis auf Weiteres als Grund einer Klage annehmen oder nicht annehmen will. Sagt man nun mit mir, daß er ersteres zu

20) Savigny (Obl.-Recht II. S. 263) bezeichnet das hier bekämpfte Verfahren als ein unlogisches.

thun habe, dann ist es ohne Zweifel von Interesse, für die solchergestalt einen selbstständigen Klaggrund bildenden Rechtsgeschäfte einen einheitlichen Begriff zu gewinnen; und diesen sollte das Wort „Anerkennungsvertrag" bezeichnen.

Der Fehler in der ganzen Anschauung Arndts' scheint mir darin zu liegen, daß er sich von der materiellen Seite der Rechtsgeschäfte nicht losmachen kann. So wie er die Schenkung unter meinen Begriff des formellen Vertrags stellt, so will er umgekehrt den Anerkennungsvertrag — eine Art des formellen Vertrags — nur da zugeben, wo er eine Schenkung oder einen Verzicht vor Augen sieht[21]).

Allerdings gehört zum Anerkennungsvertrag ein „entsprechender Wille," d. h. ein Verpflichtungswille, wie er zu jedem Vertrag erforderlich ist. Wenn daher (um das von A. S. 245 angeführte Beispiel zu benutzen) der gemahnte Schuldner sagt, er werde in so und so viel Tagen bezahlen, so ist das gewiß kein Anerkennungsvertrag, nicht weil es an der erforderlichen Anerkennung, sondern weil es an dem obligatorischen Willen, mithin an einem Vertrage überhaupt fehlt[22]).

---

21) Daß die Geringschätzung der processualischen Seite der Sache es ist, welche die ganze Anschauungsweise Arndts' leitet, scheint mir auch seine Aeußerung S. 238 zu ergeben. Er sagt: „In der praktischen Behandlung reducirt es sich am Ende auf die Frage, ob jener Mangel (der causa), also die Unwirksamkeit der Obligatio, zu erweisen sei, und wer denselben zu erweisen habe." — Ja freilich; daran ist aber auch Alles gelegen.

22) Im Allgemeinen sei hier bemerkt, wie die Erklärung, „daß man etwas thun wolle," eine zweideutige ist. Sie kann heißen: „ich verpflichte mich, das und das zu thun;" sie kann aber auch nur heißen: „ich gedenke das und das zu thun." Nur wenn sie im ersteren Sinne gegeben und angenommen ist, begründet sie ein obligatorisches Versprechen. Wann der eine oder der andere Sinn in ihr zu finden, hängt von Form und Umständen ab. Sie wird in der Regel einen obligatorischen Charakter mit Bestimmtheit annehmen, wenn sie durch das Begehren des Gegners provocirt ist; so daß in dieser Beziehung die römische Stipulation, bei welcher die Acceptation des

Hätte aber A. nur in diesem Sinne seinen Begriff des Anerkennungsvertrags stellen wollen, dann brauchte er mir nicht zu dissentiren; denn auch ich habe jenes Erforderniß in §. 44 m. S. (bei A. im Auszuge S. 21) stark genug hervorgehoben. Was ich bestreite, ist immer nur das, daß von dem erwiesen vorliegenden Verpflichtungswillen auch noch constiren müsse, wie er im bewußten Aufgeben einer bis zu concreter Erkenntniß gediehenen Bestreitbarkeit der Forderung erklärt sei. Es genügt vielmehr das Bewußtsein einer abstracten Möglichkeit der Bestreitung, deren Gründe noch in unerkennbarer Ferne stehen können; dieses Bewußtsein muß aber bei jedem erneuert gegebenen Zahlungsversprechen als psychologisch nothwendiges Motiv von selbst subintelligirt werden.

Die Unklarheit, welche ich in der Auffassung des Anerkennungsvertrags im Allgemeinen bei A. finde, folgt ihm auch bei seiner Betrachtung der einzelnen Arten desselben. Während er zugesteht, daß „ein vollständig ausgeführtes Abrechnungsgeschäft" in der Regel nicht anders „auszulegen" sei, als daß nun dieses Ergebniß auch als vertragsmäßig festgestelltes Schuldverhältniß gelten solle; während er deshalb die Abrechnung als selbstständigen Klaggrund anerkennt — obgleich doch auch diese eben sowohl auf Irrthum, als auf wissentlichem Verzicht beruhen kann —: will er dagegen Schuldschein und Quittung nicht ohne Weiteres, sondern nur pro re nata als Anerkennungsverträge gelten lassen. Es soll hierbei „die Fassung der Urkunde, die

Versprechens in der vorausgehenden Frage des Stipulanten enthalten war, sich als die natürlichste Form erwies, um ein obligatorisches Versprechen in voller Schärfe zu constatiren. — Das Erforderniß eines erkennbaren Verpflichtungswillens hat wohl auch Helmolt im Auge, wenn er (Rec. III S. 505) die Praxis davor warnt, nicht allzu leicht überall eine wahre Anerkennung zu erblicken.

ausdrückliche Aufnahme eines Versprechens in dieselbe" von Wichtigkeit sein (S. 246); obwohl er (S. 245) zugiebt, daß auch schon in dem Schuldbekenntniß die Erklärung liege, „einmal bezahlen zu wollen"; deshalb aber auch in dem ausdrücklichen Zusatze, daß dies geschehen werde, nicht sofort ein neues Versprechen, ein neuer obligatorischer Vertrag zu erkennen sei; wofür als Parallele der bei der Mahnung den Gläubiger mit Zahlungszusagen vertröstende Schuldner aufgeführt wird. Die nächste und eigentliche Bedeutung der Urkunde sei hiernach die eines Beweismittels; d. h. „man wolle damit, die Existenz der Schuld anerkennend, ein Mittel zu deren Geltendmachung geben." Das heiße aber nicht eine neue Obligation contrahiren. Deshalb sei es auch unrichtig, von einer Concurrenz der Klagen aus der ursprünglichen Schuld und aus der Schuldurkunde zu reden, „die dem Vf. doch wieder materiell in eine zusammenfließen"; so wenig als man wider einen zwanzigmal gemahnten Schuldner 20 verschiedene Klagen statuiren werde. Am deutlichsten zeige sich dies alles bei dem Darlehnsschein; u. s. w.

Diesen schwankenden Anschauungen gegenüber muß ich meinerseits streng auf dem Satze beharren: jede Schuldurkunde als solche trägt einen Verpflichtungswillen in sich; in ihm liegt das eigentliche Wesen der Schuldurkunde [23]). Dieser Verpflichtungswillen besteht in dem Wollen der Schuld, so wie sie in der Urkunde bezeugt ist. Der Aussteller einer

23) Wer sich von einer nur animo probandi ausgestellten Urkunde einen Begriff machen will, der findet solche z. B. in der Namensbeglaubigung eines Notars. Diese liefert ein urkundliches Zeugniß, welches, weil es unter öffentlicher Autorität animo probandi ausgestellt wird, Glauben findet. Davon ist aber die s. g. „Beweiskraft" des Schuldscheins ihrem innersten Wesen nach durchaus verschieden; so verschieden, wie das protokollirte Geständniß einer Partei von einer protokollirten Zeugenaussage in ihrer Wirksamkeit für den Proceß.

Schuldurkunde will — und durch dieses Wollen unterscheidet sich sein Handeln von der Erklärung des gemahnten Schuldners, welcher baldige Zahlung verheißt — er will, sage ich mit Arndts' eigenen Worten, „die Existenz der Schuld anerkennend ein Mittel zu deren Geltendmachung geben." Dieses Wollen ist aber gerade das der römischen Formalobligation entsprechende; denn auch die Stipulation ist nichts weiter, als ein durch den Willen der Contrahenten geschaffenes anderweites processualisches Mittel zur Geltendmachung der Schuld. So wenig wie bei der Stipulation ist aber auch das im Schuldschein sich bethätigende Wollen der Schuld ein absolut wirkendes; es trägt vielmehr die Schwächen in sich, welche die Formalobligation nach dem Recht der aequitas überhaupt charakterisiren. Durch diese Modificationen seiner Wirksamkeit ist jenes Wollen zu einem so fein geistigen Element geworden, daß sich seine Existenz den Blicken unserer Juristen bisher fast gänzlich entzogen hat. Ueberdies fehlte der Begriff, unter welchen man jenes Wollen, auch wenn man es erkannte, hätte subsumiren mögen. Denn über das Wesen der Formalobligation hat man heutzutage nichts weniger als allgemein klare Vorstellungen. — Glücklicher waren die Römer daran. Kraft ihrer aus der lebendigen Handhabung der Stipulation gewonnenen tieferen Einsicht erkannten sie sofort, daß in der aus Griechenland zu ihnen herüberkommenden einfachen Schuldurkunde, dem chirographum, der nämliche Wille einen Ausdruck fand, wie der in der Stipulation enthaltene; und wenn sie auch nach den Grundsätzen ihres Civilrechts dieser Art des Willensausdrucks nicht die Wirksamkeit einer obligatio zugestehen konnten, so nahmen sie doch keinen Anstand, das chirographum als Formalcontract des Peregrinenrechts anzuerkennen [24]). — Da-

24) Vergl. Gaj. III. §. 134.

gegen sind mir heutzutage, wenn ich sagte, die Schuldurkunde sei ein Formal- oder Literalvertrag, oft die seltsamsten Anschauungen begegnet. Man wagt kaum zu denken, daß zu jenen Begriffen nichts weiter gehöre, als ein einfaches, durch Abschließung in sich selbst (wofür eben die Fassung in eine Urkunde einen entsprechenden Ausdruck abgiebt) zu einer gewissen Selbstständigkeit erhobenes Zahlungsversprechen[24a]). Weil man immer nur den Wechsel als Literalcontract hat bezeichnen hören, bei diesem aber gerade das geschriebene Wort „Wechsel" eine eigenthümliche Bedeutung übt, so meinen Viele, es gehöre zum Wesen eines Literalcontracts, daß dabei irgend ein geschriebenes Zeichen, eine figura literarum, eine absonderliche Rolle spiele[25]). Oder man hegt über die Wirksamkeit eines Formalcontracts ganz übertriebene Vorstellungen, und denkt sich darunter ein Ding, bei welchem sofort alles Bestreiten aufhöre. Ach nein! die Formalobligation, wie sie in der römischen Stipulation ausgebildet ist und in dem modernen Schuldschein fortlebt, ist ein gar schwaches Geschöpf, welches vor einem blosen Beweismittel in der That nur Weniges voraus hat. Aber dieses Wenige genügt, um dem „mißhandelten"[26]) Schuldschein eine ganz andere Stellung in unserem Rechtsleben zu geben, als die bisherige Auffassung ihm einräumte.

24a) Dieser natürlichen Auffassung entspricht die röm. Annahme, daß die Stipulation dem jus gentium angehöre.

25) Vor dieser Anschauung warnt schon Paulus l. 38 de O. et A.: Non figura literarum, sed oratione, quam exprimunt literae, obligamur; quatenus placuit, non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur. — Augenscheinlich bezieht sich diese Stelle ebenfalls auf den Literalcontract durch chirographum; wie insbesondere die Reservation des Schlußsatzes: quatenus etc. ergiebt, welche auf den Gedanken zurückweist, daß das jus civile nur vocibus lingua figuratis, d. h. durch Stipulation eine Formalobligation entstehen lasse.

26) Vgl. Recens. IV.

Um jedoch die praktische Wirksamkeit des Schuldscheins als Formal- oder Literalcontracts kennen zu lernen, ist es durchaus nothwendig, zwischen Schuldscheinen, welche über eine in vollendeter Vergangenheit liegende Schuld ausgestellt werden, und solchen, welche auf eine nicht in bestimmte Vergangenheit gesetzte Realleistung als causa Bezug nehmen, zu unterscheiden. Ich will die ersteren Schuldscheine ex causa praecedente, die letzteren Darlehnsscheine nennen. Das Zusammenwerfen beider hat ohne Zweifel dazu beigetragen, daß Arndts das Wesen der Schuldurkunde überhaupt, wie ich glaube, verkennt.

Nur bei dem Schuldschein ex c. pr. tritt das formelle Element sofort nach seiner Ausstellung zu Tage. Indem derselbe ein Zahlungsversprechen auf Grund einer bestehenden Schuld repräsentirt, entspricht er auf das vollkommenste der stipulatio debiti; wie bei dieser genügt das in ihm enthaltene Zahlungsversprechen kraft der dadurch bethätigten ächten Anerkennung so lange zur Begründung der Schuld, als nicht der Aussteller qualificirten Beweis der Nicht-Schuld erbringt. Wenn Arndts hiergegen sagt: „der Aussteller eines Schuldscheins wolle doch nicht eine neue Obligatio contrahiren," so täuscht sich derselbe mit der Zweideutigkeit des Worts „neue Obligatio," wobei er unwillkürlich an eine materiell neue Obligation denkt. Eine solche contrahiren will der Aussteller freilich nicht. Er will nur eine bestehende Schuld feststellen. Dieses Wollen aber ist eine neue formelle Obligirung. Um sich die Sache klar zu machen, denke man nur an den Richter, welcher ein verurtheilendes Judicat giebt, an den Testator, welcher ein legatum debiti anordnet. Auch diese wollen keine (materiell) neue Obligation begründen, sondern nur eine bestehende feststellen. Und doch knüpft sich an jene Rechtsakte eine formell neue Obligation, die actio judi-

cati, und die actio ex testamento. Auch diese Obligationen tragen mehr oder weniger die Schwäche der Formalobligation in sich. Denn das legatum debiti ist wegen Irrthums des Testators in Unterstellung der legirten Schuld anfechtbar. Und selbst das Judicat unterliegt einer ähnlichen, wenn auch weit beschränkteren, Anfechtung wegen Irrthums der Partei bei seinem Zustandebringen — der Restitution wegen neuentdeckter Thatsachen und Beweismittel.

Arndts unterscheidet so: der Schuldschein ist ausgestellt entweder

1) über eine wirklich bestehende Schuld, oder
2) über eine nicht bestehende; und dann entweder
   a) wissentlich, oder
   b) irrthümlich.

Für den Fall unter 2. a. giebt A. selbst zu, daß der Schuldschein eine verpflichtende Kraft habe. Damit aber giebt er zu, daß der Schuldschein die äußere Form für den Ausdruck eines Verpflichtungswillens bilde. Denn wie könnte ohne entsprechenden Ausdruck ein Verpflichtungswille durch ihn überhaupt zur Geltung kommen[27]? Ist aber der Schuldschein der Ausdruck eines Verpflichtungswillens in dem Falle, wo eine

27) Es wird dies durch einen Gegensatz klarer werden. Denken wir, A. will dem B., dem Sohn und Erben seines verstorbenen Freundes, eine Summe schenkweise zukommen lassen, jedoch ohne daß dieser die Schenkung erkennen soll. Um dies vorzubereiten, erwähnt A. in einem Briefe an B. beiläufig, daß er seinem Vater noch 100 Thlr. schuldig sei. Später aber reut A. sein Vorhaben, und er weigert die Zahlung. Wird nun B. aus jener brieflichen Erwähnung der Schuld, selbst wenn er erweist, daß dieselbe durch einen Schenkungswillen bestimmt gewesen sei, klagen können? Gewiß nicht, und zwar deshalb nicht, weil in jener beiläufigen Erwähnung der Schenkungswille zu keinem bindenden Ausdrucke gelangt ist. — Anders, wenn A. dem B. über die angebliche Schuld einen Schuldschein ausgestellt hätte.

nicht bestehende Schuld wissentlich als bestehend bezeugt wird, dann sieht man nicht ein, weshalb er es weniger sein soll da, wo ihm (Fall Nr. 1) eine wirklich bestehende Schuld zu Grunde liegt. Oder hört etwa das legatum debiti auf, ein Legat, eine Willensbestimmung des Erblassers zu sein, wenn die legirte Schuld wirklich besteht? Erzeugt das Urtheil nur dann die actio judicati, wenn es ungerecht, nicht auch, wenn es gerecht gesprochen ist? Will man das gerichtliche Geständniß im Civilproceß nur dann als formell bindend ansehen, wenn es wissentlich unwahr abgelegt, nicht aber auch, wenn es wahr ist? — Das Einzige, was also Arndts mit seiner Negirung des Schuldscheins als Verpflichtungsacts vorbehalten wissen will, was ihm vorschwebt, wenn er auf der Bezeichnung desselben als eines „Beweismittels" beharrt, ist der Fall unter 2. b., daß nämlich der Schuldschein nicht verpflichten solle, wenn er irrthümlich ausgestellt sei. Er will, ganz was auch ich will, daß der Aussteller nicht dem jus strictum verfallen sein, daß ihm vielmehr das Recht der aequitas zu Gute kommen soll. Er wird aber auch zugeben, daß für eine irrthümliche Ausstellung nicht die Vermuthung streite. Und so rechtfertigt sich nach seiner eigenen Anschauung der Satz: der Schuldschein muß so lange als Verpflichtungsakt gelten, als nicht der Aussteller die sich zur Einrede gestaltende qualificirte Darlegung der Nichtschuld erbringt.

Damit ist denn auch der Satz erwiesen, den ich als die Spitze der ganzen Lehre festhalten muß: der Schuldschein bildet einen processualisch selbstständigen Klaggrund. Wenn A. sagt, man könnte ebenso gut wider einen zwanzigmal gemahnten und zwanzigmal wortbrüchigen Schuldner eine Concurrenz von zwanzig Klagen statuiren: so dürfte darin eine Verwechselung liegen. Schon bei einer frü-

heren Gelegenheit[28]) habe ich darauf aufmerksam gemacht, daß von den Thatsachen, welche wir heutzutage unter dem Begriff „Klaggrund" zusammenfassen, diejenigen, welche das mit der Klage verfolgte Recht begründen, und die, welche nur die Verletzung dieses Rechts aufweisen (zu welchen letzteren auch die Mahnung des Schuldners gehört), eine verschiedene Natur haben. Diese erweist sich auch darin, daß ich nicht auf verschiedene Verletzungen des nämlichen Rechts verschiedene Klagen gründen kann, während ich von verschiedenen Rechtsverhältnissen, deren jedes den nämlichen Anspruch begründet, jedes für sich als Klaggrund zur Geltung bringen darf.

Allerdings aber fließen mir die Klagen aus der ursprünglichen Schuld und aus der Schuldurkunde materiell zu einem einzigen Anspruch zusammen; ganz ebenso, wie mir die Ansprüche aus der ursprünglichen Schuld und aus einem Legat dieser Schuld materiell zusammenfließen, und wie ohne Zweifel auch die duae obligationes materiell zusammenflossen, deren Ulpian am Schlusse der l. 2 de novat. und Justinian in §. 3 J. quib. mod. obl. toll. (3, 29) erwähnt. Oder glaubt etwa Arndts, der Gläubiger, welcher eine bestehende Schuld ohne animus novandi von seinem Schuldner stipulirte, hätte diese Schuld nun doppelt bezahlt begehren können? — Wenn A. diese Klagen-Duplicität zu „künstlich" findet, so kann ich ihm nur erwiedern, daß dieselbe eben in der Natur der Dinge liegt, über welche wir uns so wenig hinaussetzen können, als der Arzt etwa die verwickelte Organisation des menschlichen Körpers als eine „zu künstliche" ignoriren dürfte.

Ich will endlich noch die praktische Probe auf den von A. erhobenen Dissens machen. Er selbst erklärt es mit mir

---

28) Bd. I. S. 449 Not. 128 dieser Jahrbücher.

für ein juristisches Aergerniß, wenn ein Schuldschein folgenden Inhalts:

> Unterzeichneter bescheinigt, dem N. für verschiedene Dienste, Bemühungen, Reisen und Entschädigungen die Summe von 800 Gulden schuldig geworden zu sein.

keine Wirksamkeit haben soll; ja er ist sogar geneigt, die cautio indiscreta gelten zu lassen. Wie denkt er nun, daß solche Urkunden, vorausgesetzt, daß man sie nur als Beweismittel betrachtet, Geltung gewinnen könnten? — Unterstellen wir, ich wollte mit Hülfe jenes Schuldscheins Klage erheben, und stellte diese, ganz dessen Inhalt entsprechend, dahin an:

> „N. ist mir für verschiedene Dienste, Bemühungen u. s. w. die Summe von 800 Gulden schuldig geworden; ich bitte ihn hierzu zu verurtheilen."

so würde ich ganz sicher „wegen mangelnder näherer thatsächlicher Begründung der einzelnen Schuldposten" sofort mit der Klage abgewiesen werden, und meine Urkunde würde mir schon deshalb nichts nützen, weil es zu einer Beweisführung gar nicht käme. Gesetzt nun, ich wüßte die Verhältnisse gar nicht näher anzugeben (weil ich z. B. Rechtsnachfolger des ursprünglichen Gläubigers wäre), so hätte es bei dieser Sachlage sein Bewenden. Wäre ich aber auch im Stande, meine Klage dahin zu verbessern, „daß ich dem N. die und die Dienste geleistet, daß er mir dafür so und so viel versprochen u. s. w.:" so würde nun, wenn der Verklagte leugnete, der Richter diese thatsächliche Begründung der Klage im Einzelnen mir zum Beweis stellen. Producirte ich nun meine Urkunde als „Beweismittel," so würde mir der Richter sagen, dieselbe beweise nichts, da sie die speciell zu Beweis gestellten Thatsachen nicht angebe; und so wäre ich

abermals mit meiner Urkunde zu Ende[29]). Dies Alles tritt in noch erhöhtem Maße in solchen Fällen ein, wo die Urkunde den Schuldgrund auch nicht einmal annähernd bezeichnet. Denn ich kann weder eine Klage mit der allgemeinen Behauptung, „daß Verklagter mir so und so viel schuldig sei," begründen, noch einen von mir behaupteten speciellen Schuldgrund durch eine cautio indiscreta, d. h. die allgemeine Erklärung des Schuldners, mir so und so viel schuldig zu sein, erweisen. — Will man also jene von Arndts selbst mißbilligten Resultate vermeiden[30]), so ist der einzig sichere Weg der, daß mir gestattet wird, so zu klagen: „ich habe die und die Summe zu fordern, weil sich Verklagter solche mir zu zahlen urkundlich verpflichtet hat, und dies für die processualische Annahme der Schuld so lange genügen muß, als nicht Verklagter die Nichtschuld darlegt." So zu klagen kann man aber nur gestatten, wenn man erkennt, wie der Schuldschein ex causa praecedente nicht blos ein Beweismittel für eine außer ihm liegende, einer selbstständigen Darlegung bedürfende, materielle Schuld ist, daß er vielmehr nach dem Willen der Betheiligten als ein an und für sich zureichendes[31]) „Mittel zur Geltendmachung der Schuld"

---

29) Ich will nicht sagen, daß nicht doch mitunter solche Urkunden in der Beweisinstanz als „beweisend" angenommen werden. Dies geschieht aber nur, weil die Praxis stets bestrebt ist, da, wo sie auf Abwege gerathen ist, mittelst einer zweiten, wenn auch inconsequenten, Wendung sich dem richtigen Ziel wieder zu nähern.

30) Ein erbauliches Beispiel davon ist S. 268 m. S. mitgetheilt.

31) Diese Abgeschlossenheit des Schuldscheins in sich bildet — neben dem in ihm lebenden Willen — das zweite wesentliche Moment, welches ihn zum formellen Vertrage stempelt. Sie ist freilich nirgends in den Gesetzen ausgesprochen, sie liegt aber in der Natur der Sache, und wird in der Praxis nicht bezweifelt. Vgl. Seuffert, Archiv III. Nr. 30. VI. Nr. 19. IX. Nr. 223.

dienen soll; daß er die materielle Darlegung der Schuld zu vertreten bestimmt, mithin selbst Klaggrund ist.

Vielleicht wird A. sagen, in Fällen der gedachten Art sei allerdings die Schuldurkunde als eine verpflichtende anzuerkennen. Dann möge er doch einmal, sei es auch nur mittelst Beispielen, die Kriterien angeben, an welchen eine verpflichtende von einer nur beweisenden Schuldurkunde unterschieden werden soll. Er wird aber eine Grenze hierfür schwerlich finden, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil eine solche nicht existirt [32]).

Eine wesentlich verschiedene Natur von dem bisher betrachteten Schuldscheine ex causa praecedente hat der Darlehnsschein. Auch hier wieder ist vor Allem nöthig, sich klar zu machen, wie in demselben ein formeller Verpflichtungswille lebt, welcher zwar zeitweise durch die Grundsätze der aequitas neutralisirt wird, dann aber wieder ungeschwächt zum Vorschein tritt.

Nach der Grundanschauung des Rechts, welche das strictum jus repräsentirt, war der Inhalt der Stipulation, wie sie sich in Frage und Antwort abschloß, das einzig für die Verpflichtung Maßgebende. Wenn Jemand stipulirt hatte: Si Titius Consul factus erit, C dare spondes? so war es auch nach dem strengsten Recht nicht zweifelhaft, daß der Versprechende nur zu zahlen brauchte, wenn Titius Consul ge-

---

32) Wer behaupten wollte, es komme darauf an, ob die Urkunde zugleich ein Zahlungsversprechen enthalte oder nicht, eröffnet damit einen ähnlichen Streit, wie der ist, welchen wir bei Modestinus Pistor († 1565), Quaestiones P. I q. 49 referirt finden. Dort wird sehr ernsthaft darüber gestritten, ob aus einer Urkunde geklagt werden könne, welcher die Stipulationsclausel fehle (an, si verbum dabo insertum sit scripturae obligationis, importet stipulationem?). Darüber lächeln wir jetzt. Sollte nicht ein kommendes Jahrhundert vielleicht mit gleichen Empfindungen auf den hier geführten Streit zurückblicken?

worden war, und er konnte, vor Eintritt dieses Ereignisses aus der Stipulation belangt, einfach leugnen, verpflichtet zu sein (se dare oportere). War aber blos dahin stipulirt: spondesne mihi C dare? und nebenbei beredet, die 100 sollten doch nur in der Voraussetzung versprochen sein, daß Titius Consul werde, so war nach strengem Recht der Promittent unbedingt verpflichtet. Denn was nebenbei vorausgesetzt war, ließ das strictum jus als ein ledigliches Motiv des Wollens ebenso unbeachtet, wenn das Vorausgesetzte noch in der Zukunft lag, als wenn die Voraussetzung sich auf ein rückwärts liegendes Verhältniß bezog. Aber auch hier trat die aequitas vermittelnd ein, indem sie im Gegensatz zu dem formell ausgesprochenen dem tiefer liegenden eigentlichen Willen zum Durchbruch half. Dies geschah mittelst einer in die Formel der Stipulationsklage aufgenommenen exceptio; und die Folge hiervon war, daß, sobald nur feststand, es sei wirklich unter jener Voraussetzung stipulirt, der Stipulant nur obsiegte, wenn er beweisen konnte, daß Titius Consul geworden; gerade so, als ob jene Voraussetzung als wirkliche Bedingung in die Stipulation aufgenommen wäre.

Man war schon zur classischen Zeit längst gewohnt, Stipulationen zu beurkunden; und der Inhalt der Urkunde galt dann ohne Zweifel als die Form der Stipulation. Ich kann es nun dahin gestellt sein lassen, ob etwa eine beurkundete Stipulation unter Bezugnahme auf eine Geldzahlung, welche der Stipulant noch leisten werde, als eine wirklich bedingte angesehen worden sei. Unzweifelhaft aber scheint es mir, daß, wenn Jemand bescheinigte:

L. Titius scripsi me accepisse et accepi a P. Maevio C; et haec recte dari Kalendis futuris stipulatus est P. Maevius, spopondi ego L. Titius [33]),

33) Vergl. l. 40 de R. C. 12, 1.

Titius nicht sagen konnte, es sei nur bedingt, für den Fall der Geldzahlung, stipulirt worden. Denn jede Bedingung setzt die Bezugnahme auf ein zukünftiges Ereigniß voraus, während in jener Urkunde die Geldzahlung ja als eine schon geschehene angegeben wird. Titius hatte daher der Form nach unbedingt versprochen; und wenn es etwa, dem Inhalt der Urkunde zuwider, Ansicht und Absicht der Betheiligten war, daß die Geldzahlung erst noch geschehen werde und solle, so war dies eine außerhalb der Stipulation liegende Nebenberedung.

Nach strictum jus kam es daher einer solchen urkundlich formulirten Stipulation gegenüber auf die Frage, ob das Geld gezahlt sei, nicht weiter an; der Promittent haftete eben so unbedingt, als er unbedingt versprochen hatte. Das Recht der aequitas dagegen ließ auch vom Standpunkt der nicht zur förmlichen Bedingung erhobenen Voraussetzung eine Anfechtung zu, indem es dem Promittenten gestattete, wenn er bei der Stipulation das Geld nicht wirklich schon empfangen hatte, sondern noch empfangen sollte, sich eine Exception — die exceptio doli oder non numeratae pecuniae — wider die Stipulationsklage zu erbitten. Bei dieser Anfechtung aber entstand die Frage, welche Bedeutung der urkundlichen Bezugnahme auf die Geldzahlung als eine bereits geschehene zukam. In dieser Beziehung konnte man sich nicht verhehlen, daß eine solche Bezugnahme regelmäßig als die Form diente, einen gleichzeitigen Austausch zwischen Stipulation und Geldzahlung zu bekunden, daß deshalb jenes Anerkenntniß der geschehenen Geldzahlung nicht als (ächte) Anerkennung einer in vollendeter Vergangenheit rückwärts liegenden Schuld, sondern nur als einfaches Zeugniß für eine vor oder bei der Stipulation bewirkte Geldzahlung gelten könne. Man beschränkte deshalb jene Anfechtung nicht auf die Grundsätze

der cond. indeb.[34]), ließ sie vielmehr nach den Grundsätzen der cond. ob causam datorum zu, nach welchen derjenige, welcher unter einer Voraussetzung eine Vermögenszuwendung erhalten, seinerseits den diese Zuwendung rechtfertigenden Eintritt der Voraussetzung beweisen muß. So gestaltete sich die Regel: wenn Jemand aus einer Darlehns-Stipulation klagt, der Verklagte aber die exceptio n. n. p. entgegensetzt, so langt der Kläger mit der Stipulation allein nicht durch, sondern er muß daneben auch die Auszahlung des Geldes erweisen. Diese Regel galt zur classischen Zeit unbeschränkt.

Arndts, welcher auch diesem Theile meiner Ausführung Bedenken entgegensetzt, fehlt nun m. E. zunächst darin, daß er die auf eine Geldzahlung als geschehene Bezug nehmende Stipulation resp. Urkunde für eine durch die Zahlung „bedingte" ansieht. Das Postulat der aequitas tritt in seinem Gefühl so stark auf, daß ihm diese allein als die „Natur der Sache" erscheint, und er sich auf den Standpunkt des strict. jus nicht zu versetzen weiß. Er sagt (S. 231): „Wer einen Darlehns-Schuldschein ausstellt, hat nicht den Willen, sich schlechthin durch die Urkunde, abgesehen von dem Darlehnsempfang, zu verpflichten. Er verspricht im Schuldschein (explicite oder implicite) nur das Zurückgeben, das durch ein vorgängiges Empfangen bedingt ist; für diesen Empfang aber und somit für die wirkliche Entstehung der Darlehnsverbindlichkeit ist der Schuldschein nichts anderes als ein Beweismittel. Es wäre gegen die Natur der Sache, wenn man sagen wollte, durch die Ausstellung des Schuldscheins

34) Nur diejenige Stipulation macht eine Anfechtung nach den Grundsätzen der cond. ind. erforderlich, welche zu ihrer causa eine ähnliche Stellung einnimmt, wie die Zahlung (solutio) zu der Schuld, auf welche sie geleistet wird. Ein Darlehn aber bezahlt man nicht in demselben Augenblicke, wo man es empfängt.

werde der Aussteller (abstract oder formell) verpflichtet, die (ob auch nicht empfangene) Darlehnssumme zurückzuzahlen; weil aber die Verpflichtung nur ob causam, d. i. des Darlehns wegen, eingegangen, so könne sie wegen Mangels dieser causa angefochten werden."

Und doch dürfte dem so sein. Seiner Anschauung glaube ich vorwerfen zu müssen, daß sie das „explicite" und „implicite" — Bedingung und Voraussetzung — vermengt [35]). Explicite würde das Darlehnsversprechen nur dann als bedingtes erscheinen, wenn es dahin ausgestellt würde:

„ich verspreche zu zahlen, wenn mir das Darlehn ausgezahlt werden wird."

Nun betrachtet zwar das Recht der aequitas als in ähnlicher Weise bedingt auch folgende Erklärung:

„ich verspreche zu zahlen, weil mir das Darlehn (hiergegen) ausgezahlt worden ist,"

und insofern kann man sagen: ein solches (explicite unbedingtes) Versprechen trägt doch implicite die Bedingung der Geldzahlung in sich. Aber man muß sich nur bewußt bleiben, daß diese Betrachtungsweise, welche eine solche nicht zur juristischen Vollendung gediehene Bedingung in das Rechtsgeschäft hineinträgt, gleichsam supplirt, nicht dem strengen Recht, sondern der aequitas angehört; und daß man nur auf den Standpunkt des ersteren sich zu begeben braucht, um sofort zu einer ganz anderen Anschauung zu gelangen. Käme es noch auf einen positiven Beweis hierfür an, so würde derselbe eben darin liegen, daß zur Anfechtung von Stipulationen der letzteren Art unzweifelhaft eine exceptio nöthig war [36]); während Niemand bezweifeln wird, daß eine eigentlich bedingte

35) Hier bewährt sich wieder der Werth von Windscheid's „Lehre von der Voraussetzung," welche diesen Gegensatz klarstellt.

36) Vergl. Gaj. IV §. 116 u. §. 2 J. de except.

Stipulation (z. B. die in l. 18 §. 3 de stip. servor.) vor erfüllter Bedingung ipso jure unwirksam war.

Das aber ist richtig, daß, nachdem die aequitas in der gedachten Weise Herrschaft gewonnen, dadurch der Darlehns-Stipulationsschein auf den Standpunkt des einfachen Darlehnsschuldscheins [37]) zurückgedrängt war; daß beide — letzteren ipso jure, der erstere ope exceptionis — nur in Verbindung mit dem Beweise der Geldzahlung zur Wirksamkeit gelangten, für diesen aber dem im Scheine enthaltenen Zeugniß geschehener Zahlung nur die Bedeutung eines einfachen Beweismittels zukam.

Wäre nun jene Herrschaft der aequitas so, wie es zur classischen Zeit der Fall war, eine unbegrenzte geblieben, so ließe sich allerdings sagen: das durch die Darlehns-Stipulation repräsentirte abstracte Wollen ist nur noch theoretisch ein solches; praktisch hat es seine abstracte Natur abgelegt, da seine Wirksamkeit von der Darlegung und Nachweisung der Geldzahlung abhängig ist. Und dasselbe müßte auch von dem modernen Darlehnsschein — obwohl er die Kraft des Stipulationsscheins in sich trägt — um so mehr gelten, als der Unterschied zwischen Unwirksamkeit ipso jure und ope exceptionis eine processualische Bedeutung bei uns nicht mehr einnimmt. Man könnte also praktisch sagen: der Darlehnsschein ist (ein für allemal) nur Beweismittel eines Darlehnsvertrags [38]).

37) Es ist hier der Darlehnsschuldschein des classischen r. R. gemeint, welcher zufolge der Unklagbarkeit des nudum pactum nur als Beweismittel wirken konnte.

38) Insoweit ist es daher auch völlig richtig, wenn A. an der angezogenen Stelle so fortfährt: „Vielmehr, wenn gegen den Inhalt der Schuldurkunde die Nichtzahlung des Darlehns behauptet und bewiesen wird, so ist dies nichts als Gegenbeweis" — nota bene: Gegenbeweis im modern-processualischen Sinne.

Aber es ist eben nicht bei jener unbegrenzten Herrschaft der aequitas geblieben. Man gewahrte gegen Ende der classischen Zeit — so wie man es noch heute tausendfach gewahren kann — daß das Rechtsleben den bittersten Täuschungen preisgegeben ward, wenn man den Darlehnsschein bleibend auf die Bedeutung eines einfachen Beweismittels beschränkte, indem der Gegenbeweis wider die darin bezeugte Geldzahlung — namentlich durch Eidesdelation — oft vollkommen geführt und dadurch der Stipulation scheinbar die causa entzogen werden konnte, während diese in der That in anderer Form vorhanden war. Eine moderne Gesetzgebung würde bei dieser Sachlage vielleicht gesagt haben: es soll der Gegenbeweis wider den Darlehnsschein in dieser oder jener Weise beschränkt werden. Die Römer, treu ihrer Maxime, die Beweisfrage nicht in positive Regeln zu bannen, verfuhren anders. Es war ihnen noch wohl bewußt, daß die Erörterung der Frage: an pecunia numerata sit? blos auf der Connivenz des jus aequum beruhte. Man brauchte daher nur, soweit als nöthig, das strictum jus von der auf ihm lastenden Herrschaft der aequitas wieder frei zu machen, um das gewünschte Ziel zu erreichen. Dies that man, indem man den Satz aufstellte: die exceptio n. n. p. wird wider Darlehns-Stipulationsscheine nach Ablauf einer gewissen Zeit nicht mehr gegeben [39]).

Bei dieser rückläufigen Bewegung geschah es nun, daß der früher auf das Niveau des einfachen Darlehnsscheins herabgesunkene Darlehns-Stipulationsschein umgekehrt das ein-

---

39) Wer Hypothesen liebt, könnte eine solche dahin aufstellen, daß der Gedanke, die exc. n. n. p. zu befristen, dem lichten Geiste Ulpian's entsprungen, aber erst nach dessen Tode zur praktischen Ausführung gekommen sei; da von Ulpian die Pandektenstellen: l. 29 pr. mand., l. 4 §. 16 de doli exc. u. l. 15 de R. C. herrühren.

fache **chirographum** mit sich fortriß und auf die Höhe des Formalcontracts erhob. Nur für den Stipulationsschein paßte nach den Grundsätzen des **jus civile** die Ausschließung des Gegenbeweises in der Form der Versagung einer **exceptio**. Man fühlte aber unzweifelhaft in gleichem Maaße das praktische Bedürfniß, auch einfache Schuldscheine nicht einem unbegrenzten Gegenbeweise verfallen zu lassen. Man war sich längst bewußt, daß der Sache nach in der Ausstellung eines einfachen Schuldscheins derselbe Wille lebendig war, der auch die Stipulation beseelte. Ja es ließ sich sogar nicht leugnen, daß praktisch die Stipulation in der Stipulationsurkunde fast aufgegangen war und in ihr ein besseres Surrogat gefunden hatte. Warum nun der Sache einen Zwang anthun, lediglich um an dem alten Satz des Civilrechts, daß nur Rede und Gegenrede einen Formalcontract erzeuge, festzuhalten? — Man suchte zunächst dadurch zu helfen, daß man den in die Urkunde aufgenommenen Worten: — **stipulatus est Titius, spopondit Maevius** — eine fast bis zur Fiction gesteigerte Beweiskraft für das Vorhandensein einer tadellosen Stipulation beimaß. Wo aber doch Gegenbeweis in dieser Beziehung erbracht wurde, oder wo jene Worte ganz fehlten, sollte man da das praktische Bedürfniß einer Formalität zum Opfer bringen? Die Antwort machte sich im Laufe der Zeit von selbst. Man sagte endlich: „mag die Stipulationsclausel darin stehen oder nicht, der Darlehnsschuldschein soll nur innerhalb der für die **exceptio n. n. p.** bestimmten Frist einfachem Gegenbeweise in Betreff des Geldempfangs unterliegen.“ Damit war aber, wenn die Stipulation fehlte („**cessante scilicet verborum obligatione**“), das **chirographum** als deren Surrogat anerkannt, mithin zu einem formellen Schuldgrund, zu einer Literal-Obligation erhoben. Und wenn Justinian in **tit. I. de liter. oblig.** dies aussprach, so machte er damit weder eine

„Erfindung," noch einen glücklichen oder unglücklichen „Griff," sondern er bezeichnete das Ding nur mit dem Namen, der ihm, richtig besehen, gar nicht abzusprechen war.

Man würde überhaupt die Lehre von der exceptio n. n. pec. und ihrem Correlat, der Formal- resp. Literalobligation, nicht so, wie geschehen, verkannt haben, wenn man, statt sich stets an einige Coderstellen zu halten, die Anfangs- und Endpunkte der Lehre in Gajus und den Institutionen aufgesucht hätte. Zieht man zwischen folgenden Stellen:

Gaj. III §. 134.	Gaj. IV §. 116.
Inst. Tit. de lit. oblig.	Inst. §. 2 de except.

die Verbindungslinien, und zwar so, daß auch die gewichtigen Worte der c. 10 de n. n. pec.

cujus naturali ratione probatio nulla est,

nicht außerhalb der construirten Figur liegen bleiben, sondern in dieselbe hineinfallen, so ergiebt sich, glaube ich, fast von selbst die Lehre, so wie ich sie aufgestellt.

Diese ganze Entwickelung, wie sie historisch vorliegt, muß aber für denjenigen unverständlich bleiben, welcher nicht auf den Standpunkt des strictum jus sich zu versetzen und zu erkennen vermag, daß von diesem aus betrachtet die auf eine Geldzahlung als geschehene Bezug nehmende Stipulation (Urkunde) ein unbedingtes Zahlungsversprechen enthält. Ihm fehlt jeder Anhaltspunkt für die mit dem Wegfallen der Exception zur Herrschaft gelangende Rechtsanschauung. Deshalb vermeint denn auch Arndts (S. 233), um die s. g. obligatio ex litteris, diese unglückliche Schöpfung Justinian's, auf den Willen des Ausstellers der Urkunde zurückzuführen, müßte man sagen: „wer vor Empfang des Darlehns einen Darlehnsbrief ausfertigt, verpflichtet sich dadurch für den Fall,

daß er nicht innerhalb der zwei Jahre die querela n. n. pec. anbringt, das Darlehn ohne Rücksicht auf den wirklichen Empfang als empfangen anzuerkennen und zurückzuzahlen;" — was aber doch ersichtlich nicht der Gedanke Justinian's sei. Das ist es freilich nicht; sein Gedanke ist vielmehr der: „wer einen Schuldschein über ein Darlehn als ein bereits empfangenes ausstellt, der ist streng genommen von Anfang an eben so unbedingt zu zahlen verpflichtet, als er unbedingt versprochen hat [40]); wird ihm nun gleich, um Härte zu vermeiden, dergestalt Nachsicht geschenkt, daß er gehört wird, wenn er sagt, er habe sich eigentlich nur verpflichten wollen, wenn das Geld ihm noch gezahlt werde, und dieses sei nicht geschehen, so soll doch diese Nachsicht nur eine gewisse Zeit lang geübt, nachher aber die Sache lediglich nach der Rechtsstrenge beurtheilt werden."

Wenn Justinian die Literalobligation erst von dem Zeitpunkt der hinwegfallenden Exception („dum queri non potest") zu datiren scheint, so erklärt sich dies einfach daraus, daß die formelle Kraft der Urkunde, wenn auch dem Keime nach von Anfang an vorhanden, doch erst von diesem Augenblicke an sich praktisch erweist. Nur diese praktische Erscheinung wollte er erläutern; aber weder eine vollständige theoretische Vorlesung halten, noch etwas Neues machen [41]).

Für unser heutiges Recht würde es gleichgültig sein, wenn

---

40) So äußert sich noch Justinian in Nov. 136 c. 6 i. f.

41) Am klarsten ergiebt sich dies Alles aus der Paraphrase des Theophilus zu tit. I. de lit. oblig. Die Schlußworte: „Et ecce! interdum et hodie aliquis obligatur literis," drücken fast eine naive Verwunderung aus, wie sich der moderne Literalcontrakt so unter der Hand herangebildet habe.

auch nicht schon im Justin. Recht der einfache Schuldschein ausdrücklich als Formalvertrag anerkannt wäre. Wir stehen von vornherein auf dem Standpunkt des Peregrinenrechts; der Satz: quatenus placuit, non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur, gilt bei uns unbedingt. Unser einfacher Schuldschein entspricht deshalb dem römischen Stipulationsschein; und demzufolge ist er der Lehre von der exc. n. n. p. unzweifelhaft unterworfen. Praktisch stellt sich nun die Sache so. Während der ersten Zeit nach seiner Ausstellung bedarf der Darlehnsschein zur nothwendigen Ergänzung seiner Verpflichtungskraft einer Darlegung seiner materiellen causa. Insofern solche in die darin als geschehen bezeugte Geldzahlung gesetzt wird [42]), bildet für diese die Bescheinigung in der Urkunde nur ein einfaches, jedem Gegenbeweis offenstehendes Beweismittel. Nach Ablauf der für die exc. n. n. p. bestimmten Frist — oder auch schon früher in dem Falle einer Anerkennung der Schuld nach c. 4 de non num. pec. — tritt die formell verpflichtende Kraft der Urkunde unbehindert hervor, dergestalt, daß es einer Darlegung der materiellen causa für den aus dem Schuldschein Klagenden nicht mehr bedarf. Dadurch wird der Darlehnsschein von diesem Zeitpunkt an zu einem formellen Schuld- und Klaggrund, welcher aus dem Gesichtspunkt, daß er anticipando ausgestellt, die Geldzahlung aber nicht erfolgt sei, nicht mehr anzufechten steht. Jede andere (einredeweise) Anfechtung, wegen Simulation, Irrthums, causa turpis etc. bleibt vorbehalten.

---

42) Von den sehr häufigen Fällen, wo ein Darlehnsschein zum Zweck der Anerkennung einer bereits bestehenden anderweit begründeten Schuld ausgestellt wird, soll später noch weiter geredet werden.

Diesen praktischen Resultaten zeigt sich auch Arndts nicht ganz abgeneigt. Er entsagt jedoch durch seine Ausführungen, wie mir scheint, dem innern Verständniß, welches allein die gewonnenen Sätze theoretisch befriedigend zu erklären und praktisch zu beherrschen vermag.

Unger, welcher auch hier wieder den Ausführungen Arndts' „vollkommen beistimmt," glaubt noch einen besonderen Grund wider mich in's Feld führen zu müssen. Die römischen Juristen der classischen Zeit nahmen an, daß bei einem gleichzeitigen Austausch von Geld und Stipulation eine materielle (Darlehns-) Obligation gar nicht entstehe, indem sie ein solches Geschäft dahin interpretirten: id agitur ut sola stipulatio teneat [43]). Neben der Vermuthung, daß diese Anschauung schon zu Justinian's Zeiten nicht mehr gegolten haben möge, hatte ich weiter geäußert, daß eine solche ausschließliche Wirksamkeit im Gegensatz zu der materiellen Schuldklage dem heutigen Darlehnsschein nicht beizumessen stehe; eine Annahme, welche in der veränderten processualischen Bedeutung des Darlehnsscheins im heutigen Recht während der ersten Periode seiner Wirksamkeit ihre nothwendige Grundlage findet. Das ergreift nun Unger (S. 100 Note 4), um, jener ersteren Vermuthung widersprechend, aus der von mir zugestandenen Abweichung den Schluß zu ziehen, daß danach auch der heutige Schuldschein nicht wohl ein neuer Formalvertrag, eine „moderne Stipulation" sein könne. Ich gestehe, daß ich diese Argumentation für nichts weniger als stark halte. Möchte man sich doch überzeugen, daß die formale Verpflichtungskraft eines Rechtsakts von einer novirenden Wirksamkeit desselben völlig unabhängig ist. Zu Gajus' Zeiten wurde die

---

43) l. 6 §. 1. l. 7 de novat. 46, 2.

stipulatio debiti in vielen Fällen noch als novirend angenommen[44]), in welchen man sie zu Justinian's Zeiten, wo eine strenge Vermuthung gegen die Absicht der Novation Geltung gewonnen[45]), nicht mehr als novirend ansah. Hörte dieselbe damit etwa auf, ein Formalvertrag zu sein? — Während in der classischen Zeit das Judicat die ihm zu Grunde liegende Obligation novirte, läßt sich im neueren römischen, sowie im heutigen Recht eine solche Kraft demselben bestreiten[46]). Ist dadurch die judicati obligatio irgend schwächer geworden? — Es ist ferner bestritten, ob die Begebung eines Wechsels für eine bestehende Schuld diese tilge; und Unger selbst erklärt sich (§. 24) gegen die novirende Kraft. Wird denn dadurch aber ein Zweifel an der formellen Verpflichtungskraft des Wechsels begründet? — So wenig ich hiernach zugestehen kann, daß die Annahme, durch die formale Kraft des Darlehnsscheins werde im heutigen Rechte die materielle Darlehnsobligation nicht mehr absorbirt, jener formalen Kraft selbst irgend im Wege stehe, so will ich doch auf einige Erscheinungen aufmerksam machen, welche für den römischen Satz: id agitur, ut sola stipulatio teneat gewissermaßen das moderne Surrogat abgeben. Es ist dies der Satz der Praxis:

> daß ein Rechtsgeschäft, über welches eine Urkunde aufgenommen ist, in der Regel (d. h. so lange der Producent zu deren Vorlage im Stande ist) nur durch diese Urkunde zu beweisen sei;

---

44) Gaj. III. §. 177.

45) c. 8 de novat. 8, 42.

46) Es kann natürlich auf die deshalbige Controverse hier nicht näher eingegangen werden.

und die damit zusammenhängende Bestimmung vieler particulären Proceßordnungen:

> daß Urkunden, welche über das klagbar gemachte Rechtsverhältniß vorhanden sind, alsbald mit der Klage vorgelegt werden sollen.

In diesen Sätzen ist derselbe Gedanke lebendig: daß der Richter, welcher über ein Rechtsverhältniß, das eine formelle Feststellung erhalten, zu urtheilen hat, wo irgend thunlich auf Grundlage dieser letzteren judiciren solle. Daß man die, diesen Gedanken realisirenden, Sätze auf das Gebiet des Processes verlegt hat, hängt mit der herrschenden Auffassung der Urkunde als eines blosen Beweismittels zusammen.

Es sei ferner hier noch einer Ansicht von Brinz gedacht. Brinz, dessen lebendige Erfassung der hier fraglichen Lehre ich mit Freude begrüßt, hat das Verdienst, zuerst Schuldurkunde und Quittung als förmliche Rechtsgeschäfte in das System eingereiht zu haben [47]). Seine Auffassung entspricht fast in allen wesentlichen Punkten der meinigen. Nur in dem einen Punkte weicht er ab, daß er in Verneinung der Beweiskraft des Darlehnsscheins während der ersten Periode seiner Wirksamkeit der gemeinen Lehre treu bleiben will [48]). Er bezeichnet meine Annahme, daß der Inhaber des Scheins zwar neben der Stipulation den Beweis der Geldzahlung zu erbringen habe, hierzu aber das Empfangsbekenntniß in der Urkunde benutzen könne, zwar als eine „leichte, natürliche Wendung der Sache;" hält aber doch die positiv hierfür angeführten Gesetze für „sämmtlich widerlegbar." — Ich meine, das wäre nicht die richtige Stellung zu der Frage genommen.

---

47) Lehrbuch der Pandekten §. 100 flg. §. 148.

48) a. a. O. S. 428.

Enthält meine Ansicht eine leichte natürliche Wendung, muß man ihr einräumen, daß sie dasjenige zur Geltung bringt, was Jedermann sofort als das allein Vernünftige erkennen wird, so kann sie nicht deshalb verworfen werden, weil die zu ihrer Unterstützung angeführten Gesetze widerlegbar seien, sondern sie muß so lange für die richtige gelten, als nicht etwa die entgegengesetzten Quellen-Aussprüche, in welchen man jenen noch von Niemand begriffenen Unverstand gegeben findet, unwiderlegbar erscheinen. Dies hören sie aber auf zu sein, sobald man sich nur klar macht, daß den römischen Juristen, zumal der classischen Zeit, nicht das Empfangsbekenntniß, welches die causa betraf, sondern die Stipulation, auf welche die Klage sich zu gründen hatte, als die Hauptsache, das principaliter Wirksame der cautio erschien, und daher ihnen nichts näher lag, als der Stipulation gegenüber die Wirksamkeit der exc. n. n. p. und zwar dahin zu bestimmen, daß der Stipulant auch noch die wirkliche Geldzahlung zu erweisen habe [49]). Welche Rolle hierbei das die Stipulation begleitende Empfangsbekenntniß spiele, konnte bei solchen Aussprüchen um so mehr übergangen werden, als ja dies eine reine Beweisfrage war, die dem judex anheim fiel. — Wenn Brinz weiter fragt, wozu die Verjährung der exceptio eingeführt sei, wenn ihre „cavillatio" lediglich in einem dem Excipienten offen gelassenen Gegenbeweis bestehe, so kann ich ihn nur auf die Ausführung S. 247 flg. m. S. verweisen [50]), werde aber auch unten

49) Auch hier vermögen wir nur schwer uns auf den Standpunkt der Römer zu versetzen, weil uns die Anschauung des strictum jus zu sehr entfremdet ist, auch Empfangsbekenntniß und Verpflichtungsakt sich bei uns oft völlig in einander schieben.

50) Ich bedauere, daß diese Ausführung in dem sonst so sorg-

noch einen recht schlagenden, zur Illustration dieser Frage geeigneten Fall mittheilen. Wer endlich einen praktischen Trost darin finden zu dürfen glaubt, daß ja der Urkundenempfänger bei wirklicher Zahlung auf Bescheinigung eines in „bestimmte Vergangenheit" zu setzenden Empfangs bringen könne, der versuche nur ein einziges Mal, wenn er eine Rechnung bei einem Kaufmann bezahlt, eine solche, den Geldempfang in „bestimmte Vergangenheit" setzende, Quittung zu erlangen. Ich glaube, er wird, wenn er nicht schon vor der Thüre das Vorhaben aufgiebt, mindestens daran scheitern, daß er den praktischen Geschäftsmann zu einem Verständniß dessen, was er eigentlich bezweckt, gar nicht bringen kann.

Ich will endlich noch einen nicht uninteressanten Punkt besprechen, auf welchen Arndts aufmerksam macht. Er sagt, daß, wenn man auch die Ausschließung des Gegenbeweises nach Ablauf der für die exc. n. n. p. bestimmten Frist als theoretisch richtig zugeben wolle, die Praxis sich doch schwerlich entschließen werde, einen vom Empfänger der Schuldverschreibung ausgestellten Revers über noch nicht erfolgte Zahlung nach Ablauf der Frist unbeachtet zu lassen. Daran würde aber auch die Praxis m. E. ganz recht thun. In der Ausstellung eines solchen Reverses liegt (ausdrücklich oder stillschweigend) die Erklärung, daß bis zu dessen Einlösung ein Anspruch aus der Schuldverschreibung nicht erhoben werden solle. Derselbe hat daher wieder nicht blos die Bedeutung eines Beweismittels für die Nicht-Zahlung des Geldes, sondern die eines obligatorischen Versprechens, welches die Rechte aus der Schuldverschreibung suspendirt, eines pactum

---

sam gearbeiteten Auszuge Arndts' keine Stelle gefunden hat, da sie doch für das Verständniß der Lehre so wesentlich ist.

de non petendo temporale. Die aus solchem zu entnehmende Einrede ist deshalb eine andere als die exc. n. n. p., und nicht deren Verjährung unterworfen. Sie wirkt ohne zeitliche Beschränkung so lange, als der Schuldner den Revers in Händen hat, auch nicht etwa der Gläubiger die Erledigung des Reverses durch nachträgliche Geldzahlung nachweist. — Auch hier dürfte also die von mir vertretene Theorie, consequent angewendet, zur Befriedigung des natürlichen Rechtsgefühls führen.

Ueberblicke ich nochmals Arndts' Entgegnung in ihrer Gesammtheit, so sind wir, wie es scheint, weder in den Hauptgrundlagen der Lehre, noch in den praktischen Resultaten wesentlich [51]) uneins. Die Differenzen bestehen über die der vermittelnden Theorie zu gebende Darstellung. Da, wie ich recht wohl weiß, die Sache ihre großen Schwierigkeiten hat, so würde ich jeder, wenn auch von der meinigen abweichenden, theoretischen Auffassung bereitwillig Raum geben, welche geeignet wäre, die so wichtige Lehre zu einem allseitigen klareren Verständniß zu bringen. Eine solche vermag ich aber in dem, was Arndts mir entgegenstellt, mit dem besten Willen nicht zu finden. Er scheut die Energie des Ausdrucks, welche doch dringend nöthig sein dürfte, um die Lehre aus der Trübung, in welcher sie bei so Vielen sich befindet, herauszuarbeiten. — Arndts selbst bezeichnet seine Einwürfe mehrfach nur als Bedenken. Ich darf vielleicht hoffen, daß

51) Ueber minder wesentliche Einzelnheiten bin ich überall stillschweigend hinweggegangen; ein Streit über solche verfällt nur zu leicht dem Schein persönlicher Rechthaberei.

er, sowie auch die, welche ihm folgen möchten, die Sache nochmals erwägen und dabei das hier Gesagte nicht außer Acht lassen. Gern würde ich eine größere Uebereinstimmung mit dem Vorwurf erkaufen, daß meine eigene frühere Darstellung Manches anders, als es gemeint, habe verstehen lassen; und insofern erwidere ich Arndts den Dank für gewährte Anregung.

(Schluß folgt.)

VII.

Die Familienstiftung in der Function des Familienfideikommisses [1]).

Von

Gerber.

1.

Von den Stiftungen für allgemeine Wohlthätigkeitszwecke unterscheiden sich die Familienstiftungen, indem sie den Genuß eines gestifteten Vermögens nur dem Vortheile individuell

---

1) Veranlaßt wurden die nachfolgenden Erörterungen zunächst durch folgenden Rechtsfall. Im Anfang des 16. Jahrhunderts hatte ein Mitglied der adeligen Familie v. T. ein Capital gewidmet, „um damit anzufahen für seine Gevettern eine Stiftung." Der Fond sollte administrirt und die Renten von den Agnaten unter die „armen Vettern" alljährlich vertheilt werden. Ueberdem sollten dann die Agnaten beschließen, „wie sie es mit dem Gelde halten wollen und was noth thut." Je seltner der Fall der Dürftigkeit in dieser Familie vorkam, um so mehr wuchs der Stiftungsfond an. Es wurden nach und nach Güter aller Art, auch Lehngüter und Patrimonialgerichte erworben. Im 17. Jahrhundert beschloß man, damit das Vermögen nicht „als ein verborgener Schatz mit der Welt untergehe," zwei Drittheile der Revenuen an sämmtliche Agnaten nach dem Maßstabe der Lebensjahre zu vertheilen. Später waren mancherlei Bedenken und Streitigkeiten entstanden, z. B. darüber, ob es sich hier um ein Familienfideikommiß handle, ob die beschlossene Vertheilung der Revenuen eine berechtigte sei, ob die Patrimonialgerichte als „freiherrlich von T.'sche" gelten könnten u. s. w. Ich darf diese Ausführungen wohl als einen Nachtrag zu meiner Abhandlung über die Familienfideikommisse bezeichnen.

durch die Angehörigkeit zu einem Geschlechte bestimmter Personen zuwenden. Sie machen den Genuß ihres Vermögens häufig nicht einmal abhängig von besonderer Dürftigkeit, sondern Jeder soll ihn haben, der zu der bestimmten Familie gehört, und die weiteren Voraussetzungen der Stiftung erfüllt. So sind in der Regel die Stiftungen beschaffen, welche Stipendien für Schul- und Universitätsstudien, für die Ausbildung auf Reisen, für Ausstattung von Töchtern, für die Versorgung von Wittwen einer gewissen Familie gewähren. Es ist nicht der allgemeine Gedanke einer Bethätigung abstracten Wohlthätigkeitssinns, der hier zur Geltung kommt, sondern es soll der Vermögensstand einer einzelnen Familie, einerlei ob sie dessen an und für sich bedürftig ist oder nicht, durch eine besondere Veranstaltung gefördert oder gesichert werden. Der Stifter einer solchen Einrichtung thut freilich etwas mehr, als der Familienvater, der durch Ansammlung eines Vermögens zunächst bloß das Interesse seiner Erben befriedigen will; aber wenn auch seine Absicht weiter greift, indem er auch die zukünftigen Geschlechter im Auge hat, so ist seine Tendenz doch der eben genannten Fürsorge völlig gleichartig. Nicht das christliche Gefühl der Theilnahme an der Lage hülfsbedürftiger Menschen veranlaßt seine Thätigkeit, sondern nur die Sorge für das Wohlergehen der mit ihm durch Gemeinsamkeit des Geschlechts Verbundenen, — eine doch nur egoistische Sorge, da er in der Förderung ihres Wohlstandes nur ein eigenthümliches eigenes Interesse befriedigt; er wünscht, daß das Geschlecht, dessen Namen er trägt, auch in der Zukunft noch als ein wohlhabendes und mit äußeren Mitteln ausgestattetes genannt werde. Von selbst versteht es sich, daß diese Auffassung nicht entfernt eine Mißbilligung derartiger Dispositionen einschließt, sie sollte vielmehr nur dazu dienen, den inneren Charakter derselben zu beleuchten.

Aus der eben geschilderten Natur solcher Stiftungen gehen nun mancherlei Consequenzen für ihre juristische Behandlung hervor. Vor Allem ergiebt sich daraus der Mangel eines unmittelbaren öffentlichen Interesses. Der Staat oder die Kirche, welche öffentliche Wohlthätigkeitsstiftungen unter ihren besonderen Schutz und ihre besondere Aufsicht stellen, haben kein Interesse und kein Recht, auch solchen Stiftungen eine besondere Rücksicht zuzuwenden, welche bloß und allein dem Privatinteresse gewisser Familien gewidmet sind. Die Stellung der Staatsgewalt zu solchen Anstalten ist nur die, daß sie denselben denjenigen Rechtsschutz gewährt, der allen privatrechtlichen Verhältnissen überhaupt geleistet wird [2]). Der Staat übernimmt daher, wenn er nicht speciell durch den Stifter darum angegangen wird, keine besondere Garantie für die Erhaltung des Vermögens oder die Festhaltung der Stiftungszwecke, sondern beschränkt sich darauf, jeden Interessenten, der sein Recht mittelst gerichtlicher Hülfe geltend macht, darin zu schützen. Das Interesse der zukünftigen Geschlechter an sich veranlaßt ihn so wenig hier als bei den Familienfideikommissen zu einer außerordentlichen Thätigkeit. Er erwartet gerichtliche Klage.

Eine fernere Wirkung der eben geschilderten Natur der Familienstiftung ist die, daß die zum Genusse berechtigten Familienglieder die Befugniß haben, in Fällen, für welche der Stifter nicht vorgesehen hat, während doch eine Fürsorge nothwendig getroffen werden muß, die Stiftung zu ergänzen, m. a. W. nachzustiften. Es versteht sich freilich von selbst, daß eine solche Ergänzung nur im Sinne des Stifters geschehen darf, d. h. in der Weise, daß dabei die Frage beantwortet wird, wie würde der Stifter selbst nach

2) Vgl. Roth in diesen Jahrb. Bd. 1 S. 217.

den in der Stiftungsurkunde niedergelegten Merkmalen den Fall entschieden haben, wenn er seiner gedacht hätte; ebenso versteht es sich von selbst, daß eine solche Nachstiftung niemals die Erfüllung des ursprünglichen Stiftungszweckes im Mindesten beeinträchtigen darf. Dieser Fall ist namentlich dann vorhanden, wenn das gestiftete Vermögen, weil die Bedingungen des Stiftungsgenusses gar nicht oder nur selten eintreten, zu einer solchen Höhe erwächst, daß nicht nur die ursprüngliche Zweckbestimmung jederzeit auf das Reichlichste erfüllt werden kann, sondern auch ein nach und nach in's Unermeßliche wachsender Ueberschuß vorhanden ist [3]). Man wird in der Regel annehmen dürfen, daß es der Absicht des Stifters zuwider sei, das gestiftete Vermögen zu einer völlig nutzlosen Masse anwachsen zu lassen; häufig wird man auch erweisen können, daß eine Verdoppelung, Verdreifachung u. s. w. der Stiftungsrente seinem Willen geradezu widersprechen würde, z. B. bei Studienstipendien, die, überreich bemessen, nicht nur keinen wohlthätigen, sondern geradezu einen verderblichen Einfluß zu äußern pflegen. In einem solchen Falle bleibt nichts übrig, als die Stiftung zu erweitern, und zu dieser Ergänzung sind, wenn kein geordnetes, regelmäßiges Organ dafür eingesetzt wurde, die sämmtlichen jetzt lebenden genußberechtigten Familienglieder, persönlich oder in Vertretung, berufen [4]).

---

3) Bei allgemeinen Wohlthätigkeitsstiftungen wird dieser Fall selten eintreten, weil in der Regel immer so viele Genußansprüche vorhanden sein werden, daß die Stiftungsrente jeder Zeit erschöpft werden kann.

4) Ich habe hier hauptsächlich Familienstiftungen im Auge, welche nur für die Agnaten, die Geschlechtsvettern (resp. deren Familien) bestimmt sind. Stiftungen, welche auch die cognatischen Verwandten einschließen, werden wegen der gar bald eintretenden großen Erweiterung des Kreises der Genußberechtigten mehr unter den Gesichtspunkt fallen, der in der Note 3 hervorgehoben wurde.

Die Legitimation zu einer solchen Ergänzung läßt sich nicht auf einen gesetzlich ausgesprochenen Rechtssatz stützen. Wohl aber auf einen Rechtssatz des Gewohnheitsrechts. Und selbst wenn — was aber durch von jeher in solchen Fällen tausendfältig stattgefundene Uebungen widerlegt wird — eine solche Beglaubigung dieses Satzes nicht nachgewiesen werden könnte, so müßte er doch gelten, weil er ein innerlich absolut nothwendiger, durch die Natur der Sache gebotener ist. Irgend eine Disposition muß getroffen werden; Niemand anders aber kann dazu befugt sein, sie zu treffen, als die Gesammtheit aller einzelnen jetzt lebenden Berechtigten, denn sie allein sind bei der Familienstiftung im e. S. interessirt. Der Stifter widmete das Vermögen ausschließlich dem Interesse einer bestimmten Familie; nun hat er zwar die Art, wie dieses Interesse befriedigt werden soll, individualisirt; wenn es sich jedoch herausstellt, daß die Stiftung einen über diese Disposition hinausragenden überschüssigen Fond besitzt, so bleibt dieser Ueberschuß zwar nicht weniger dem ausschließlichen Interesse der Familie gestiftet, aber er erwartet, da es an einer speciellen Bestimmung des Stifters fehlt, seine Regelung im Geiste des Letztern von den berechtigten Gliedern der Familie. Diese erfüllen damit den ausgesprochenen oder vermutheten Willen des Stifters, mit welchem sie das gewidmete Gut empfangen haben. Bei solchen Festsetzungen müssen die Minderjährigen durch ihre Eltern oder durch Vormünder vertreten werden. Als zur Theilnahme befugt kann natürlich nicht bloß Derjenige gelten, der selbst für sich eine Stiftungsleistung in Anspruch nehmen darf, sondern auch der, aus dessen Familie eine Wittwe, ein studirender Sohn, eine Tochter Etwas zu erwarten hat. Da es sich um Rechte Einzelner handelt, so wird Einstimmigkeit erforderlich sein. Die bloß verwaltende Stiftungsbehörde ist als solche hierbei, wo es sich um

eine ganz neue Disposition handelt, nicht betheiligt, da ihre Function sich auf die Erhaltung und Verwendung des Stiftungsvermögens nach dem Inhalte der Stiftungsurkunden beschränkt. Uebrigens ist eine solche Festsetzung nicht unabänderlich. Sie kann jederzeit in derselben Weise aufgehoben oder modificirt werden, und dieß kann sogar Jeder verlangen, der zu erweisen im Stande ist, daß der Geist der Stiftung eine andere Bestimmung fordere.

Diese Ergänzungen oder Nachstiftungen sind übrigens einfache Rechtsgeschäfte. Es sind Dispositionen über ein in eigenthümlicher Weise der Gewalt der Verfügenden unterworfenes Vermögen. Die juristische Natur dieser Geschäfte ist ganz dieselbe als die der Stiftung. Ein Vermögen wird dauernd gewissen Zwecken in der Weise gewidmet, daß der zum Genuß Berufene auf seinen Antheil ein Forderungsrecht erwirbt. Daß eine solche Festsetzung zukünftig immer fortwirkt, ist eine inwohnende Eigenthümlichkeit des juristischen Begriffs „Stiftung," der hier zur Anwendung gebracht wird. Dadurch wird der Akt so wenig zu einem Akte der Rechtserzeugung, als ein solcher die Errichtung eines Familienfideikommisses ist. Es ist daher unrichtig, auf das Rechtsgeschäft der Nachstiftung den Ausdruck „Autonomie" in der Bedeutung gesetzgebender Thätigkeit anzuwenden, wie solcher ja überhaupt keine Berechtigung hat [5]).

---

5) Ganz die gleiche rechtliche Auffassung gebührt solchen Akten, wenn sie nicht auf ausdrücklichen Festsetzungen und Beschlüssen beruhen, sondern stillschweigend, durch Uebung vollzogen werden. Auch hier handelt es sich nicht, wie man oft sagen hört, um „Gewohnheitsrechtssätze," sondern lediglich um ergänzende Nachstiftungen, also einfache Rechtsgeschäfte. Der Umstand, daß durch das Stiften eine für eine unbestimmte Zukunft wirkende Norm geschaffen wird, führt hier so wenig, als bei dem Familienfideikommiß zur Annahme einer Rechtserzeugung. S. Archiv. f. civ. Pr. Bd. 37 S. 56 flg.

2.

Von dem Familien fideikommiß unterscheidet sich die Familien stiftung wesentlich. Bei Stiftungen, welche nur von Zeit zu Zeit, bei ganz besonderen Veranlassungen Etwas gewähren, z. B. zur Ausstattung einer Braut, zur Förderung der Studien eines Sohnes, wird überhaupt Niemand an die Möglichkeit einer Verwechslung mit dem Familienfideikommiß denken. Näher liegt diese Verwechslung in dem Falle, wenn die Renten des gestifteten Vermögens, sei es nach dem Willen des Stifters oder nach der ergänzenden Nachstiftung der Berechtigten, ganz oder größtentheils unter alle oder einen engeren Kreis der Agnaten ohne Voraussetzung bestimmter thatsächlicher Verhältnisse (z. B. Armuth) alljährlich vertheilt werden sollen. So kommt es vor, daß dem jedesmaligen Senior oder allen männlichen Mitgliedern der Familie, die zum Namen und Stamm des Geschlechts gehören, der Genuß der Stiftungsrente bestimmt ist, und zwar bald in gleichen, bald in ungleichen Quoten, bald von der Geburt, bald erst von einem späteren Zeitpunkte beginnend. Man kann nicht läugnen, daß die Wirkung und Function einer solchen Stiftung der eines Geschlechtsfideikommisses sehr nahe kommt. Es giebt Familienfideikommisse, deren Einrichtung die ist, daß das Stammgut von einer förmlich organisirten Administrationsbehörde verwaltet wird; die zum gleichzeitigen Genusse Berufenen sind die sämmtlichen Agnaten; aber ihr fideikommissarisches Miteigenthum bethätigt sich beinahe nur in dem Empfang einer jährlich in Geld auszuzahlenden Genußrate[6]. Wie nahe verwandt erscheint einer solchen Einrichtung die Familienstiftung, deren Güter (Rittergüter, Lehen u. s. w.) in

6) S. meine Darstellung in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. N. F. Bd. 12. S. 201 flg.

ähnlicher Weise verwaltet, und deren Rente in ähnlicher Weise an die Agnaten ausgezahlt wird, namentlich dann, wenn die Genußberechtigten zugleich die Eigenschaft von Stiftungsverwaltern in ihrer Person vereinigen! Es ist offenbar, daß eine solche Stiftung sich dem Familienfideikommisse in hohem Grade annähert, und daß thatsächlich höchstens noch ein sehr feiner geistiger Unterschied zwischen beiden Verhältnissen obwaltet [7]).

Für die juristische Auffassung freilich bleiben beide Institute als durchaus getrennte bestehen. Wenn Roth (a. a. O. S. 202) die Familienstiftung ein modificirtes Familienfideikommiß nennt, so kann dieß unter besonderen Umständen, wie wir gesehen haben, thatsächlich richtig sein; juristisch betrachtet ist diese Auffassung durchaus abzulehnen. Die eigentliche Familienstiftung ist immer ein selbstständiges Rechtssubjekt, eine juristische Person; ihr allein gehört das Vermögen; die genußberechtigten Familienglieder stehen ihr gegenüber nur im Verhältniß von Gläubigern; ihr Recht an dem gestifteten Vermögen ist nur ein persönliches Rentenrecht. Es begründet die Stiftung eine Art der auch sonst noch im deutscher Rechte vorkommenden persönlichen Berechtigung unbestimmter Subjecte. Ganz anders das Familienfideikommiß, dessen juristischer Charakter gerade darin besteht, daß die Berufenen selbst die successiven Eigenthümer des gestifteten Vermögens sind. Ihr Recht ist ein wirklich sachenrechtliches, freilich ein sehr eigenthümliches und besonders qualificirtes.

Dieser juristische Gegensatz beider Institute ist stets festzuhalten, wenn sich nicht die ganze Gruppe solcher Einrichtungen in eine form- und gestaltlose Masse verlieren soll. Auch hüte man sich, schon dem Begriffe „Stiftung“ die Bedeu-

---

7) S. meine Abhandl. in diesen Jahrb. Bd. 1. S. 57 u. 71.

tung eines genügenden juristischen Princips beizulegen. Stiften bezeichnet im Allgemeinen nur die Widmung eines Gegenstandes zum Nutzen irgend einer Person, vieler Personen, oder zur Erreichung irgend eines Zweckes in der Weise, daß zugleich die stete Erhaltung des dem Stiftungszwecke dienenden Gegenstandes in einer der Absicht des Verfügenden entsprechenden Art angeordnet wird; es ist eine eigenthümliche Art des Schenkens. Es liegt also darin an und für sich nichts Anderes ausgesprochen, als das materielle Motiv, die materielle Tendenz eines Rechtsgeschäfts. Welche besondere juristische Natur aber das Stiften haben werde, das läßt sich nicht allgemein, sondern nur nach Maßgabe der bestimmten, concreten Form sagen, in welcher es vollzogen wird [8]). So liegt allerdings der Errichtung eines Familienfideikommisses wie der Errichtung einer eigentlichen Familienstiftung gleichmäßig ein Stiften zu Grunde, aber es folgt daraus mit nichten eine Gleichheit des juristischen Charakters der verschiedenen so begründeten Verhältnisse.

3.

Das Subjekt des Vermögens einer Familienstiftung im engeren Sinne ist also die juristische Person, welche der

---

8) Es giebt noch andere Formen des Stiftens für Familienzwecke, z. B. wenn Jemand einer Corporation oder allen Familienfideikommißerben Etwas direkt mit der Auflage zuwendet, daß sie daraus an Familienglieder gewisse Zuwendungen machen sollen. Von diesen Stiftungen ist hier nicht die Rede. Hier handelt es sich nur um Stiftungen mit eigenem Vermögen, für welches die Stiftung selbst als das Rechtssubjekt gelten soll. — Es liegt übrigens hier keine Veranlassung vor, auf die Frage einzugehen, wann die Stiftung, durch welche eine eigene juristische Person hervorgerufen werden soll, perfect sei, und nur nebenbei bemerke ich, daß ich die Rechtsgeschäfte, welche dem Momente der Entstehung des neuen Rechtssubjekts (z. B. durch Staatsgenehmigung) vorangehen, nur als vorbereitende auffasse. S. auch Roth a. a. O. S. 208.

Stiftung eigen ist. Man hat wohl auch behauptet, die Familie selbst sei das Subject dieses Vermögens, denn sie sei schon an und für sich eine juristische Person. Die Familien und Geschlechter begegnen uns, so führt man aus, als Gesammtheiten, ausgestattet mit einem eigenthümlichen Familientypus und Familiengeiste. Das müsse namentlich beim deutschen Volke gelten, das auf die Familienverbindung einen so großen Werth lege. Schon die Sprache bezeuge dieß, welche von einem Familienhaupte, von Familiengliedern, Familiengeiste u. s. w. rede. Daher habe man die Familie überall da, wo das Bedürfniß es erheischte, als Person behandelt, wie ein Blick in die deutsche Rechtsgeschichte beweise (!). Es wird folgeweise auf das altdeutsche Stammgutssystem, die feste Ordnung des Erbrechts und der Vormundschaft, die Eideshülfe hingewiesen, auch an die Geschlechtsnamen und Geschlechtswappen erinnert. In der Darstellung der Sippschaft an dem Bilde des menschlichen Körpers im Sachsenspiegel gebe sich ebenfalls die Vorstellung kund, daß man die Familie ähnlich dem Menschen als einheitliches Wesen auffasse. Jedenfalls gebe es zwei Rechtsverhältnisse, in denen die Familie schon früh als Subjekt von Rechten erscheine, — die Blutrache (resp. das Recht auf das Wehrgeld) und die Familienautonomie, indem sich in Familienbeschlüssen die Einheit der Familie am deutlichsten ausspreche. Um zu diesem allein richtigen Resultate zu gelangen, hätte es der bisherigen Jurisprudenz an der richtigen Methode gefehlt, welche den Gedanken aus den Verhältnissen selbst entnehme; man habe vielmehr ein fertiges System von Formeln mitgebracht, mit dem der Natur der Dinge Gewalt angethan worden sei [9]).

---

9) Dieß ist die Deduction von Pözl in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 16 S. 360 flg. Der Rechtsfall, der hier vorgetragen

Eine solche Deduction zu widerlegen, ist freilich leicht genug.

Keine einzige der angeführten Thatsachen enthält auch nur die entfernteste Hindeutung darauf, daß man die Familie als eine Person, ein Rechtssubjekt behandelt habe. Vielmehr weisen sie sämmtlich nur darauf hin, daß die Familie eine in der engsten Verbindung der Glieder stehende sittliche Einheit ist, und daß das Recht dieser mächtigen und bedeutenden Idee der sittlichen Gemeinschaft der Blutsfreunde volle Rechnung trägt. Daher die Organisation des Erbrechts, der Vormundschaft, der Eideshülfe, daher das Stammgutssystem, daher auch die Anerkennung des Rechts der Blutrache. Am meisten steigert sich die Innigkeit dieser Familieneinheit bei den Familien des deutschen Adels, bei denen überdieß durch eigenthümliche Rechtsinstitute dafür gesorgt ist, daß sie einen dauernden realen Ausdruck empfängt [10]). Jedoch auch hier bleibt sie eine Thatsache des sittlichen Lebens; ihre Wirksamkeit in Bezug auf das Recht ist in der mannigfachsten Weise sichtbar, — aber dazu fordert sie den Juristen nicht auf, daß er sie selbst in eine juristische Formel bringen, d. h. die Familie als solche zu einer Einheitsperson stempeln solle. Auch die s. g. Familienautonomie konnte nur unter der Voraussetzung angeführt werden, daß man sich dabei die sämmtlichen männlichen Familienglieder jedes adlichen Hauses als eine Art geborener Gesetzgeber denkt, eine Vorstellung, gegen welche ich nichts mehr zu sagen habe. Wie aber aus den Ausdrücken: Familiengeist, Familienehre u. s. w. die Auffassung der Familie als eine Person hervorgehen solle, vermag ich wenigstens nicht einzusehen; mit demselben Rechte könnte man auch das Volk

---

wird, hat auch dem Verfasser dieses Aufsatzes zur Beurtheilung vorgelegen, wie oben zu 1) bemerkt wurde.

10) S. Archiv für civ. Pr. Bd. 37 S. 50.

oder irgend einen socialen Stand zu einer Privatrechtsperson machen, da man auch von Volkssitte und Volksehre, Standessitte, Standesehre, Standestypus spricht. Wenn endlich daraus, daß der Sachsenspiegel die Generationsreihen an dem Bilde des menschlichen Körpers versinnlicht, hervorgehen soll, daß das deutsche Recht die Familie als ein dem Menschen analoges Wesen behandelt habe, so kann man mit demselben Schein aus der noch öfteren Versinnlichung der Sippschaft an einem Baume mit Aesten und Zweigen beweisen wollen, das deutsche Recht habe die Familie für einen Baum gehalten.

Die Familie ist eine auf der Thatsache der Blutsverwandtschaft beruhende Einheit von Menschen, in welchen das Bewußtsein der Zusammengehörigkeit lebendig ist und sich in einer gegenseitigen natürlichen Gemüthszuneigung ausprägt. Dieses Gefühl der Geschlechtseinheit wird alsdann noch gesteigert, wenn wie bei dem Adel schon die Angehörigkeit zu diesem Geschlechte eine nach außen abschließende Auszeichnung giebt, welche von individuellem Verdienste unabhängig ist. Aber immer handelt es sich nur um eine sittliche, d. h. thatsächliche Gemeinschaft einer Reihe selbstständiger Personen, deren Einzelpersönlichkeiten keine Gesammtpersönlichkeit des Ganzen über sich haben, oder gar in einer solchen aufgehen. Das indessen soll allerdings nicht geläugnet werden, daß durch einen besonderen, mit Bewußtsein darauf gerichteten Willensakt eine Familie, d. h. die Gesammtheit der jederzeit vorhandenen Geschlechtsträger, zu einer Corporation mit eigenthümlichem Corporationsvermögen gemacht werden kann; möglich ist dieß, aber es versteht sich nicht von selbst, es gehört dazu ein ausdrücklicher Constitutionsakt mit dem entsprechenden Privilegium des Staats.

Die Familienstiftung ist also eine juristische Person; ihr gehört das gestiftete Vermögen. Man hat nun wohl die Frage

aufgeworfen, was der Genußberechtigte für eine Art von Recht gegenüber der Stiftung geltend machen könne, ja ob es überhaupt ein Recht oder wenigstens ein Privatrecht sei? Man hat gestritten, ob er als Legatar, Fideikommissar, oder als Inhaber eines nicht näher bestimmbaren Privatrechts anzusehen sei, oder ob sein Anspruch überhaupt in die Klasse der privatrechtlichen gehöre[11]). Wenn ich meine Ansicht über diesen Punkt ausspreche, so habe ich dabei Stiftungen im Auge, bei denen der Stifter die Genußberechtigung nicht der facultativen Entschließung Dritter anheim gegeben, sondern ganz genau mittelst Angabe der thatsächlichen Voraussetzungen bestimmt hat. In einem solchen Falle kann kein Zweifel darüber obwalten, daß derjenige, in dessen Person die Voraussetzungen der Stiftung zutreffen, ein gegen die letztere klagbares Privatrecht habe. Auch die Natur und Beschaffenheit des letzteren ist nicht schwer zu bestimmen. Die Stiftung ist ein Akt der Liberalität, eine eigenthümliche Schenkung an unbestimmte Personen mittelst sofortiger Hingabe des entsprechenden Vermögens; ein solches anerkennt unser Recht — wenn man will, ein tausendfältig bestätigtes Gewohnheitsrecht[12]) —, in der Weise, daß es gestattet, mittelst Erlangung eines Privilegiums des Staats eine juristische Person aufzustellen, welche als der fortdauernde Exekutor jener Liberalität, als der stete Schuldner der durch die Stiftung bezeichneten Personen gedacht wird. Das Recht der Bedachten ist daher ein gewöhnliches Forderungsrecht, und seine causa ist die in der juristi-

11) S. Pfeifer, Die Lehre von der juristischen Person. 1847. S. 137 flg.

12) Es ist daher nicht nothwendig, auf die Frage über die Möglichkeit der letztwilligen Bedenkung von personae incertae nach römischem Rechte zurück zu greifen. — Gute Bemerkungen über die juristische Natur solcher einseitigen Rechtsakte giebt Kuntze, Die Lehre von den Inhaberpapieren. 1. Abth. (1857) S. 349.

schen Persönlichkeit der Stiftung personificirte Liberalität des Stifters. Ob die Stiftung aber durch einen Akt unter Lebenden oder durch eine letztwillige Verfügung in's Leben gerufen wurde, ist bei dieser Frage völlig gleichgültig.

4.

Wenn wir nun aber, wie oben geschehen ist, das Eigenthum des gestifteten Vermögens nicht der Familie, sondern der juristischen Person der Stiftung zuschreiben, wird dann nicht jenes Vermögen der Familie entfremdet, indem es einem fremden Subjekte beigelegt wird? Widerspricht dieß nicht der Intention des Stifters? Die Beantwortung dieser Frage führt uns zu einer neuen sehr bemerkenswerthen Seite des Gegenstandes unserer Betrachtung.

Handelt es sich um eine wahre Familienstiftung, d. h. eine solche, welche keinerlei öffentliche Wohlthätigkeitszwecke, sondern lediglich und allein das Privatinteresse der Glieder einer bestimmten Familie fördern soll, so muß man trotz der Anerkennung einer juristischen Person als Vermögenssubjekts immerhin sagen, daß das gestiftete Gut einen Theil des Privatvermögens aller genußberechtigten Glieder der bestimmten Familie bildet. Nicht bloß diejenigen Güter sind in meinem Vermögen, welche mir kraft eines direkten Rechtstitels zustehen, sondern nicht minder auch diejenigen Werthe, welche, unter die Scheinherrschaft eines fingirten Subjekts lokalisirt, mir durch Vermittelung von Obligationen gebühren. Besteht nun in einer Familie eine Stiftung, deren ganze Bedeutung die ist, den Gliedern derselben unbedingt (z. B. ein Altergeld an jedes männliche Mitglied), oder bedingt (z. B. einen Studienbeitrag, eine Brautausstattung) einen Geldbeitrag oder eine Rente zu gewähren, so darf jeder zum Kreise der Genußberechtigten Gehörende sagen, daß

die gestifteten Güter ihm neben seinen jetzigen und zukünftigen Familiengenossen angehören. Denn der ganze Zweck, die ganze Verwerthung dieser Güter wird in den successiv hervortretenden Forderungen der Familienglieder erschöpft. Ihnen gehören sie zwar nicht als unmittelbare Objecte ihres Rechts, sondern nur durch Vermittelung juristischer Zwischenverhältnisse; aber sie gehören ihnen praktisch darum nicht minder vollständig. Man sieht, die juristische Persönlichkeit, der die Güter dem Eigenthum nach zugeschrieben werden, entfremdet dieselben mit nichten dem Vermögen der Familienangehörigen. Sie ist nichts Anderes, als eine Kapsel, in der ein Theil des Vermögens der Letzteren aufbewahrt wird; sie ist nicht um ihrer selbst willen da, hat keinen materiellen Existenzgrund, sondern ist nur ein lediglich formelles Mittel der juristischen Construction.

Man glaube nicht, daß es sich bei dieser Beobachtung um etwas Unpraktisches handele. In dem Rechtsfalle, der von Pözl erzählt wird, hatte die Familienstiftung einer adlichen Familie, deren Einkünfte lediglich zu Renten sämmtlicher Geschlechtsvettern verwendet werden, Rittergüter mit Patrimonialgerichtsbarkeit erworben, und diese waren gewiß mit Recht als „freiherrlich von N.'sche Gerichtsbarkeit" bezeichnet worden. Nachdem nun in Bayern die verfassungsmäßige Bestimmung gegeben worden ist, daß nur Adelige Inhaber von Patrimonialgerichten sein können, hat man die Frage aufgeworfen, ob jene Gerichtsbarkeit mit Recht bestehe, weil eine juristische Person nicht adelig sei. Gewiß würde man mit Unrecht diese Frage verneinen [13]). Denn die Patrimonialgerichts-

---

13) Uebrigens würde eine Verneinung dieser Frage, selbst unabhängig von der hier gegebenen Deduction, unter allen Umständen als eine dem Willen des Gesetzgebers gewiß nicht entsprechende Auslegung gelten können.

barkeit muß ohne Zweifel als dem Vermögen der Glieder der genannten ritterschaftlichen Familie angehörig betrachtet werden, wenn auch die Form, in welcher dieser Theil ihres Vermögens gestaltet worden ist, die der Aufstellung einer juristischen Person ist. Diese Form ist, wie schon bemerkt, in einem solchen Falle völlig substanzlos und dient nur der formalen juristischen Construction.

Die Wahrnehmung, welche wir soeben gemacht haben, findet man auch sonst im deutschen Rechte öfter veranlaßt. Ein rechtlicher Thatbestand ist, in seinen einzelnen Elementen betrachtet, bisweilen ein anderer, als in seiner Gesammterscheinung; oder: ein Rechtsverhältniß fordert eine mehrfache Bestimmung seiner rechtlichen Natur. So ist die bäuerliche Gutsabtretung mit Altentheil im Einzelnen nichts Anderes, als eine Verbindung sehr verschiedenartiger Rechtsgeschäfte (Tradition, Cession, Delegation, Versprechen und Gegenversprechen u. s. w.), in ihrer Gesammtheit ist sie ein künstlich herbeigeführter Erbschaftsantritt. Und dieser Erfolg ist nicht ohne rechtliche Wirkungen. Um nur eine praktische Consequenz anzuführen, erinnere ich daran, daß man da, wo lediglich ein Sterbehandlohn besteht, diesen mit Recht auch von dem fordert, der durch die s. g. successio anticipata Colonatsbesitzer geworden ist.

So ist auch in unserem Falle die doppelte juristische Auffassung der Familienstiftung nothwendig, einmal als juristischer Person, sodann als eines in eigenthümlicher Weise constituirten Vermögens der einzelnen jetzt und zukünftig vorhandenen Glieder der bedachten Familie.

VIII.

Zur Verständigung über den Anerkennungsvertrag, sowie die formellen Verträge des heutigen Rechts überhaupt.

Von

Obergerichtsrath Dr. O. Bähr in Cassel.

(Schluß des unter Nr. VI dieses Bandes begonnenen Aufsatzes.)

Die mit vielem Fleiß, auch nicht ohne Geschick gearbeitete Schrift Unger's, „Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere“, verfolgt die Aufgabe, den Begriff des formellen Vertrags, im Sinne meiner Aufstellung, auf die Inhaber-Obligation anzuwenden. U. selbst führt an (S. 100), daß die nämliche Ansicht, wenn auch nur in wenigen Andeutungen, in meiner Schrift (§. 68 und §. 58 Note 8) ausgesprochen sei. Diese Auffassung gewinne jedoch bei mir deßhalb „keine besondere Bedeutung“, weil ich „einerseits den Begriff des formellen Vertrags in einem sehr weiten Umfang nehme“, und weil ich „andrerseits auch in der Ausstellung eines einfachen Schuldscheins die Constituirung eines Nomen, eine accessorische Promissio sehen wolle“, worin mir nicht beizustimmen sei. — Welche Bedeutung meine Aufstellung, sei es auch nur für die Unger'sche Schrift, gehabt habe, kann dahingestellt bleiben. Indem aber U. sich von der meinerseits aufgestellten Lehre loszusagen strebt, scheint er mir einem

solchen ähnlich zu handeln, welcher auf dem Baume sitzend den Ast ansägt, auf dem er selbst ruht.

Für völlig richtig halte ich es, wenn U. sagt: der Inhaberschuldschein ist eine Formalobligation. Für nicht minder richtig halte ich aber auch die Worte Savigny's (Obl.-R. II. S. 117): „Die Inhaberpapiere sind wahre Schuldscheine [52]) — von anderen gewöhnlichen Schuldscheinen in ihrer Form nur dadurch unterschieden, daß sie auf jeden Inhaber, nicht auf eine bestimmte Person ausgestellt sind.“ Beide Ansichten finden ihre Vereinigung darin, daß auch der gewöhnliche Schuldschein eine Formalobligation enthält. Und wenn Savigny dies nicht zugleich ausspricht, so liegt es doch in der Natur eines so eminenten juristischen Geistes, daß er selbst da, wo ihm ausnahmsweise der durchschlagende theoretische Ausdruck nicht zu Gebote steht, in den eigentlichen Resultaten nicht leicht irrt [53]).

Unger dagegen verneint die Richtigkeit der S.'schen Definition, weil er im gewöhnlichen Schuldschein keine Formalobligation erblickt. Er redet zwar (S. 69) davon, daß die Schrift im heutigen Recht vielfach dazu benutzt werde, um die beabsichtigte Isolirung des Versprechens von seiner causa zu

52) Wenn S. noch hinzufügt: „und zwar Schuldscheine über Gelddarlehen“; so beruht dies darauf, daß er hier mehrere bestimmte Arten von Inhaberpapieren im Auge hat. Auch muß das Wort „Gelddarlehen“ in dem weiteren Sinne genommen werden, daß es jede Hingabe von Geld begreift, welche für den Erwerb einer entsprechenden Geldforderung wider den Empfänger erfolgt, einerlei, ob dies Forderungsrecht sich synallagmatisch an die Hingabe anschließt, oder als ein abstract zugewendetes erworben wird.

53) Wie nahe übrigens S. der diesseitigen Auffassung stehen dürfte, beweist seine Aeußerung S. 127 das., wo er von der „formellen Wirksamkeit der Urkunde“ redet, und zu ihr „die natürlichen Elemente des Geschäfts“, für welche die Urkunde als Beweismittel benutzt werden könne, in Gegensatz stellt.

vollziehen und ein abstractes Forderungsrecht zu begründen, wodurch die „Literalcontracte des modernen Rechts" entstehen. Ob er dahin aber noch etwas Anderes, als Wechsel und Inhaberobligation rechne, sagt er nicht; gewiß ist nur, daß er den einfachen Schuldschein „regelmäßig nur als Beweisdokument" gelten lassen will (S. 101 a. E.); während er (S. 67) „Novation, Abrechnung, Rechnungsstellung und den einfachen Anerkennungsvertrag" den „materiellen Verträgen" beizählt. Die Ausscheidung dieser Rechtsgeschäfte aus dem Gebiet der formellen Verträge begründet sich für ihn dadurch, daß zum Begriff der letzteren „die bewußte und absichtliche Isolirung des obligatorischen Versprechens von seiner causa" gehöre; während bei jenen Geschäften der Wille der Parteien auf eine solche Isolirung nicht gerichtet sei, vielmehr umgekehrt das Versprechen in der Verbindung mit seiner causa bleibe.

An die Worte „Bewußtsein" und „Rechtsbewußtsein" knüpfen sich so oft Mißverständnisse — wie sie auch hier eine Rolle spielen — daß es mir dienlich erscheint, einmal auf diese Begriffe etwas näher einzugehen.

Unger erachtet (S. 95) ein gelöstes Eisenbahn-Fahrbillet für eine Inhaber-Obligation; und ich stimme ihm ganz darin bei. Wenn man nun den Billeteur, der ein solches Billet ausgegeben, fragte, was für ein Rechtsgeschäft er denn eigentlich dadurch abgeschlossen habe, so erwartet doch U. gewiß nicht, derselbe werde erwiedern: „Ich habe ein von der causa isolirtes obligatorisches Versprechen geleistet, den Inhaber des Billets zu befördern." Vielmehr wird derselbe etwa so antworten: „Ich habe eben ein Billet ausgegeben. Ein Billet ist ein Ding, welches dem, der es in Händen hat, das Recht giebt, auf der Eisenbahn zu fahren." Oder er wird vielleicht sagen: „Ein Billet ist ein Ding, welches be-

weist, daß der, welcher es besitzt, sich einen Platz auf der Eisenbahn genommen hat." Daß und welcher Unterschied zwischen beiden Ausdrucksweisen sei, wird er schwerlich einsehen. Wendete man ihm wider die letztere Definition ein, daß man doch nicht wissen könne, ob gerade der, welcher das Billet in Händen habe, und nicht vielleicht ein Anderer das Billet gelöst und somit den betreffenden Platz genommen habe, so wird er vermuthlich antworten: „Das kann ja der Eisenbahn-Verwaltung einerlei sein. Auf das gelöste Billet kann ja doch immer nur Einer fahren." Fragte man ihn weiter, ob denn auch der fahren solle, welcher etwa das Billet seinem Nachbar gestohlen habe, so würde er wahrscheinlich bedenklicher werden, und, je nachdem er sich die Sache vorstellt, erwiedern: „Darum kann sich die Bahnverwaltung nicht kümmern; wer das Billet hat, der fährt." Oder auch: „Ja, wenn man gewiß weiß, daß er das Billet gestohlen, so wird man ihn nicht fahren lassen, sondern ihn anhalten, es zurückzugeben."

In dieser und ähnlicher Weise wird jeder Geschäftsmann eine ganze Reihe in seinen Beruf einschlagender Rechtsfragen mit mehr oder weniger Sicherheit beantworten. Wer lehrt ihm diese Antwort? Man sagt, sein natürliches Rechtsbewußtsein. Er fühlt, daß die Sache vernünftiger Weise so sein muß; und dieses „Muß" gestaltet sich in ihm zu dem Begriff von Recht, als einem Vernünftig-Nothwendigen. Diese Art des Rechtsbewußtseins — man kann solches das praktische nennen — ist also ein Ding, welches wirklich im Volke lebt, gewissermaßen eine objektive Existenz hat. In ihm allein wird die Rechtsvermuthung, daß Jeder das Recht kenne und kennen müsse, zu einer annähernden Wahrheit.

Allein dieses unmittelbar wirkende, dem Volke in seiner

Gesammtheit angehörige, Rechtsbewußtsein reicht für die Bedürfnisse eines vielgestalteten Verkehrs nicht aus. Den Fällen, deren Entscheidung schon das einfache Rechtsgefühl mit Sicherheit unternimmt, wird sich bald eine Reihe von Fällen andrer Art anschließen, für deren Beurtheilung selbst der gebildete Laie in seiner Rechtsanschauung keinen sicheren Anhaltspunkt mehr findet. Dadurch wird es nöthig, daß jenes Rechtsbewußtsein gleichsam eine höhere Potenz beschreite, um von da aus der Verhältnisse Herr zu bleiben. Diese Aufgabe hat die Rechtswissenschaft zu lösen. Sie thut es, indem sie für die Ergebnisse des unmittelbar praktischen Rechtsbewußtseins die höheren, leitenden Ideen aufsucht, aus solchen mehr oder weniger positiv abgeschlossene Regeln sich bildet, und mittelst dieser die nöthigen Rückschlüsse bewerkstelligt.

Wir gelangen so zu einem Rechtsbewußtsein anderer Art, welches wir, im Gegensatz zu jenem ersteren, das theoretische nennen können. Seine Gewinnung gleicht der Thätigkeit des Mathematikers, welcher aus einzelnen gegebenen Stücken einer Figur die centralen Punkte findet, von welchen aus die ganze Figur sich construiren läßt; das Operiren damit gleicht dem Rechnen mit Logarithmen, im Gegensatz zu dem Rechnen mit einfachen Zahlen. Ohne Zweifel ist dieses theoretische, centrale, Rechtsbewußtsein — ein ausschließliches Eigenthum des Juristenstandes — das geistig höhere. Im Vergleich mit ihm läßt sich jener praktische, nur peripherisch wirkende, Rechtstrieb sogar als Mangel an Rechtsbewußtsein auffassen; und in diesem Sinne kann man sagen, daß das Recht im Volke „unbewußt" lebe und sich fortbilde. Ein Irrthum aber ist es, wenn man jenes theoretische Bewußtsein als das ursprüngliche, primitive sich denkt: es findet vielmehr in dem praktischen Rechtsbewußtsein seine erste Grundlage; — wenn man glaubt, jenes theoretische

Rechtsbewußtsein werde zu wirklichem objektiven Recht: als Ausdruck einer lediglich vom Juristenstand, der großen Minderzahl des Volks, vorgenommenen Abstraction hat es nur eine subjective Existenz innerhalb des letzteren; — wenn man für möglich hält, daß die Rechtstheorie das praktische Rechtsbewußtsein beherrsche: es geschieht dies so wenig, als die Ansichten der Naturforscher die Natur beherrschen; — oder wenn man gar vermeint, es schade nichts, wenn sich die Rechtstheorie mit dem praktischen Rechtsbewußtsein in Widerspruch setze: solche Widersprüche werden niemals als Recht, sondern stets als Unrecht, als Mängel der Rechtssprechung empfunden werden [54]. Ebenso irrig ist es, wenn man glauben wollte, der theoretisch gebildete Jurist könne des praktischen Rechtsbewußtseins entbehren. Nur durch letzteres bewahrt er sich den Zusammenhang mit seinem Volke, welchen er nie verlieren sollte. Nicht selten wird er dessen bedürfen, um Lücken der Theorie zu ergänzen, oder Irrungen derselben nachzuweisen und zu berichtigen. Und selbst da, wo eine richtige Theorie zu Gebote steht, wird doch nur derjenige den gewonnenen centralen Standpunkt mit Sicherheit festzuhalten vermögen, der ihn von der Peripherie aus stets selbst zu reconstruiren vermag. In der That spielt aber auch jenes prak-

54) Einigermaßen modificirt wird das hier Gesagte da, wo eine unrichtige (d. h. in ihren Consequenzen mit dem praktischen Rechtsbewußtsein in Widerspruch tretende) Theorie sich der Form des *Gesetzes* bemächtigt. Hier wird in der That diese Theorie zum *objectiven* Rechte, an welches die Rechts*anwendung* gebunden ist. Nur wird stets das praktische Rechtsbewußtsein, welches sich um nichts weniger als objectives Recht fühlt, dagegen ankämpfen; und nicht selten mit Glück. Es giebt Dinge in jure, welche selbst das Gesetz so wenig anders machen kann, als es mit Wirksamkeit bestimmen könnte, 2×2 solle nicht 4, sondern 5 geben. Die Rechtswissenschaft aber, indem sie dies erkennt, steht *nicht* unter, sondern über dem Gesetz.

tische Rechtsbewußtsein in der Jurisprudenz, namentlich in der Praxis, die bedeutendste Rolle. Ganze Lehren erstehen lediglich unter seinem Einfluß und werden annähernd richtig gehandhabt ohne zureichende oder sogar unter der Firma einer positiv falschen Theorie; und selbst da, wo theoretische Irrthümer zu einer gewissen Herrschaft gelangt sind, pflegt doch das praktische Rechtsbewußtsein einen ständigen Guerrilla-Krieg wider sie fortzuführen. So arbeitet auch die Jurisprudenz vielfach „unbewußt" an der Aus- und Fortbildung des Rechts. Allerdings aber erhält die juristische Thätigkeit erst in dem theoretischen Rechtsbewußtsein die höhere Weihe; und ein Jurist, welcher sich lediglich seinem praktischen Rechtsgefühl hingeben wollte, würde stets Gefahr laufen, in Einseitigkeit und Dilettantismus zu verfallen.

Kehren wir nach dieser Abschweifung zu unserem Eisenbahn-Billeteur zurück, so wird es nun völlig klar sein, wenn ich sage: demselben wohnt nur das praktische, nicht das theoretische Bewußtsein von der Natur eines Billets als einer auporteur-Obligation inne. Wenn nun Unger hier dennoch eine Formalobligation, also eine „mit Bewußtsein" vorgenommene Isolirung des Versprechens von seiner causa als vorhanden annimmt, so kann er dies verständiger Weise nur in dem Sinne thun, daß er das mit der Billet-Ausgabe verbundene praktische Bewußtsein juristisch in jenes theoretische Bewußtsein umsetzt. Ganz denselben Weg müßte er aber auch gehen bei denjenigen Rechtsgeschäften, denen er, in Widerspruch mit mir, die Natur eines formellen Vertrags abspricht. Er müßte untersuchen, welches praktische Bewußtsein mit dem Abrechnungsgeschäft, der Rechnungsstellung u. s. w. verbunden sei, und wie diese Erscheinungen für das theoretische Bewußtsein sich charakterisiren. Verfährt nun U. wirklich so? Ich habe nichts davon gefunden. Er versichert

nur, bei jenen Verträgen sei der Wille der Parteien nicht darauf gerichtet, das Versprechen von seinem Rechtsgrund zu isoliren. Als ob die im Leben handelnden Personen in juristischen Abstractionen sich bewegten! — Soll daher jene Versicherung überhaupt einen verständigen Sinn haben, so reducirt sich dieser auf folgenden Satz: „in dem jenen Rechtsgeschäften innewohnenden Willen vermag ich, der Jurist Unger, keine Isolirung des obligatorischen Versprechens von seiner Causa zu erkennen." U.'s Definition des formellen Vertrags läuft daher auf eine Selbsttäuschung hinaus, indem er die Resultate seiner subjektiven Erkenntniß oder Nicht-Erkenntniß vermittelst der Zweideutigkeit der Worte „Bewußtsein und Absicht" auf eine scheinbar objektive Grundlage hinüber zu führen sucht. Und der für die Verneinung der formellen Natur der Abrechnung u. s. w. angeführte Grund: „daß hier der Wille nicht auf Isolirung u. s. w. gerichtet sei", ist in der That kein Grund, sondern nur eine Wiederholung jener Verneinung, eine petitio principii.

Was übrigens Unger bei seiner Begriffsstellung im Sinne hat, glaube ich klar zu erkennen. Auch wird es nicht ohne Interesse sein, das Wahre, wie das Mangelhafte seiner Auffassung näher zu verfolgen. Dazu aber muß ich etwas weiter zurückgehen.

Wer eine Sache in unrichtiger Unterstellung einer causa tradirt, überträgt um nichts weniger Eigenthum; aber es steht ihm bei objectivem Mangel der causa zur Ausgleichung des erlittenen Vermögensverlustes eine, an mehr oder weniger beschränkende Voraussetzungen gebundene, Condiction zu. Wo nun das Causalverhältniß zwischen den nämlichen Personen besteht, zwischen welchen die Eigenthumsübertragung vor sich

gegangen ist, der Erwerber auch noch im Eigenthume der Sache sich befindet, da gestaltet sich jene Condiction zu einem persönlichen Anspruch auf Rückübertragung der Sache, zu einer Röthigung des Erwerbers, das erworbene Eigenthum wieder aufzugeben; man kann sagen, zu einer Anfechtung des Eigenthums selbst. Es giebt aber auch Verhältnisse, wo sich die Condiction nach einer anderen Seite hin richtet, als dahin, wo das übertragene Eigenthum sich befindet; wo also das durch den Erwerb begründete Recht einerseits und das Recht auf Anfechtung andererseits nicht innerhalb der nämlichen Personen sich gegenüberstehen, sondern personell auseinander treten. Hier bleibt das Eigenthum selbst von der Anfechtung unberührt; diese gestaltet sich viel mehr als ein reiner Anspruch auf Werthersatz.

Es kommt solches in zwei Erscheinungen vor:

1) Wenn A seinen vermeintlichen Schuldner N anweist, die geschuldete Sache an seinen (des A) Gläubiger Z zu leisten, so kann N, wenn er nachher entdeckt, nichts schuldig gewesen zu sein, die cond. indeb. nicht wider Z, sondern nur wider A richten. Das auf Z übertragene Eigenthum bleibt also in dessen Hand unangefochten; die Anfechtung der durch dessen Uebertragung bewirkten Vermögenszuwendung bewegt sich zwischen N und A.

2) Denken wir, der vermeintliche Schuldner N hätte die Sache zwar an A selbst geleistet, dieser hätte sie aber auf Z weiter übertragen, so würde hier ganz dasselbe eintreten. Das Eigenthum würde in der Hand des Z unanfechtbar sein; N müßte den Werth von A condiciren.

Der Anfechtung des sine causa datum ist die Anfechtung des sine causa promissum offenbar nachgebildet. Demgemäß finden wir auch hier zur Anfechtung zunächst die Condiction gegeben. Und zwar bildete diese, meiner festen

Ueberzeugung nach, die ursprüngliche Form der Anfechtung, welcher erst später die Exception als zweite Form hinzutrat[55]). Versetzen wir uns nun einmal in die Zeit zurück, wo nur die Condiction als Anfechtungsmittel der constituirten Obligation gegeben war, so dürfen wir hier, ganz wie beim übertragenen Eigenthum, sagen: die Condiction begründete keine Ungültigkeit, sondern nur einen persönlichen Anspruch auf Rückgängigmachung der Obligation. Wie der Eigenthumsempfänger der Condiction gegenüber zur Rück-Tradition, so war der Stipulant zur Acceptilation des sine causa promissum verpflichtet.

Fragen wir, ob nicht hiernach bei Anfechtung der Obligation die nämlichen Verhältnisse haben eintreten können, welche ich oben als ein „personelles Auseinandertreten" des übertragenen Vermögensrechts einerseits und der ihm gegenüberstehenden Anfechtung andererseits bezeichnete: so finden wir sofort ein dem oben erwähnten ersten Falle völlig entsprechendes Verhältniß. Wenn A seinen vermeintlichen Schuldner N anweist, den Schuldbetrag an einen Dritten Z zu promittiren, so kann N sein geleistetes Stipulationsversprechen regelmäßig dem Z gegenüber nicht anfechten, ist vielmehr mit seiner cond. indeb. an A verwiesen. — Dagegen finden wir für den oben bezeichneten zweiten Fall bei der Stipulation kein Analogon; und zwar aus dem einfachen Grunde, weil, wenn A von N stipulirt hatte, eine Uebertragung der solchergestalt constituirten Obligation an einen Dritten als eine rechtliche Unmöglichkeit erschien, da nach alt-

55) Freilich wird von manchen Schriftstellern das Umgekehrte behauptet. Außer den von mir hiergegen (§. 25 Note 6 m. S.) bereits angeführten Gründen spricht für meine Annahme auch noch die Erscheinung, daß die Condiction in den spätern Kaiserzeiten immer mehr verschwindet und die Exception allein auf dem Platze läßt.

römischer Rechtsansicht Obligationen überhaupt unübertragbar waren.

Im Laufe der spätern Kaiserzeit entwickelte sich nun zwar eine Uebertragbarkeit der Obligation unter dem Begriff der Cession [56]; und es wäre nun möglich gewesen, daß auch die constituirte Formalobligation in ein dem oben construirten zweiten Falle analoges Verhältniß eingetreten wäre. Diese Möglichkeit wurde aber nicht zur Wirklichkeit, weil eine anderweite Entwickelung hindernd dazwischen getreten war.

Die Condiction, als Ausgleichungsmittel des sine causa promissum, bewährte in ihrer praktischen Handhabung diejenige Steifigkeit, Eckigkeit, welche überhaupt manchen Instituten des Civilrechts eigen ist. Kam der Stipulant mit der Stipulationsklage der Condiction des Promittenten zuvor, so mußte dieser bezahlen und mochte dann zusehen, wie er mittelst der Condiction wieder zu seinem Gelde komme. Denn die Stipulationsklage wurde ja durch die ihr gegenüberstehende Condiction direkt gar nicht affizirt. Der Promittent war daher, wenn er sine causa versprochen hatte, zu seiner Sicherheit genöthigt, so schnell als möglich die Condiction anzustellen, während er gewiß in den meisten Fällen gern vorgezogen haben würde, erst einmal abzuwarten, ob der Stipulant wirklich einen Anspruch wider ihn erhebe. Unterblieb dieser Anspruch, so war ja die Sache damit erledigt, ohne daß es irgend eines Processes bedurfte.

Diese Erwägungen mochten den Prätor veranlassen, zu sagen: da, wo der Promittent nach Civilrecht eine Condiction auf Rückgängigmachung der Obligation wider den Stipulanten hat, — wo also obligatorischer Strom und Gegen-

56) Ich muß hier auf meinen Aufsatz Nr. VIII im 1sten Bde. dieser Jahrb. verweisen.

strom sich direkt begegnen — soll dem Promittenten, neben der Condiction, auch eine Exception wider die Stipulationsklage gegeben sein. Materiell wurde hierdurch nichts Neues geschaffen, vielmehr nur das vom Civilrecht bezweckte Resultat erleichtert und gesichert. Aber es lag doch in dieser neuen Form ein Gedanken, zufolge dessen die der Formalobligation gegenüberstehende Anfechtung sich der Obligation selbst näher anschloß. Die Condiction repräsentirte den Satz: der Promittent hat ein Recht auf Rückgängigmachung der Obligation; die Exception dagegen: die Obligation ist processualisch unwirksam. Der Prätor setzte das Recht des Promittenten, welches durch die Condiction nur mittelbar zur Befriedigung gelangte, in ein unmittelbares um; er supplirte die geschuldete Acceptilation in der schwächern Form einer Exception[57]). Beides lief im Resultat auf eins hinaus, so lange die Obligation als unübertragbar galt. Bei Aenderung dieses Grundsatzes aber blieb jener Fortschritt nicht ohne Einfluß.

Als nämlich die Uebertragbarkeit der Obligation in der Form der dem in rem suam procurator mehr und mehr gewährten actio utilis anerkannt wurde, hatte man sich längst gewöhnt, die Formalobligation bei mangelnder causa nicht als eine blos condicirbare, sondern als eine durch Exception elidirbare, d. h. processualisch unwirksame zu betrachten. Man ließ sie daher auch nur als solche auf den dritten Erwerber — Cessionar — übergehen. Dieser mußte sich alle aus den Rechtsverhältnissen seines Auctors — Cedenten — begründeten Exceptionen, und mithin in dieser Form die nämliche Anfechtung gefallen lassen, welche der dritte Erwerber

57) Diese Erscheinung zählt also zu den nämlichen Fortschritten, von denen ich bei einer früheren Gelegenheit, Bd. I S. 460 dieser Jahrb., redete.

des sine causa übertragenen Eigenthums sich nicht gefallen zu lassen brauchte. Auch im späteren röm. Recht kam also der oben (S. 375) hervorgehobene zweite Fall des persönlichen Auseinandertretens der Vermögenszuwendung und ihrer Anfechtung bei Obligationen nicht zur Anwendung[58]).

Daß aber diese Erscheinung nicht eine in der Natur der Obligation nothwendig begründete ist, davon kann uns die Thatsache überzeugen, daß wir heutzutage Obligationen besitzen, bei denen gerade die umgekehrte Erscheinung stattfindet; deren formelle Natur sich dergestalt von der ihnen gegenüberstehenden Anfechtung abschließt, daß sie von dieser gar nicht unmittelbar affizirt werden. Es sind dies Wechsel und Inhaber-Obligation. Sie entsprechen, bei gleichzeitig vollkommen entwickelter Uebertragbarkeit, ungefähr der röm. Stipulation derjenigen Zeit, wo nur die Condiction, keine Exception, zu deren Anfechtung gegeben war. Am deutlichsten erweist sich diese Natur, sobald eine solche Obligation von dem ersten Erwerber veräußert wird; wo dann die Obligation so unanfechtbar, wie das Papier sie ausweist, auf den neuen Erwerber übergeht, Verpflichtungen aus dem Causalverhältniß aber auf dem ersten Erwerber haften bleiben. Aber selbst in der Hand des ersten Erwerbers muß für diese Obligationen jene schärfere Trennung von ihrem Causalverhältniß behauptet werden. Schon der erste Erwerber repräsentirt eine duplex persona; er ist Gläubiger als Inhaber des Papiers, Schuldner aus dem Causalverhältniß für seine Person; was praktisch nicht ohne Bedeutung ist.

Man kann hiernach die Vertrags-Obligationen in drei Kategorieen theilen:

58) Im Gebiet des Obligationsrechts giebt es daher auch keine Unterscheidung zwischen exceptiones personae und rei (obligationi) cohaerentes. Alle Exceptionen sind hier rei cohaerentes.

a) Obligationen, bei welchen das obligatorische Versprechen nur in ungetrenntem Zusammenhang mit seinem Rechtsgrund Geltung gewinnt:

die s. g. materiellen Verträge, Kauf, Darlehn u. s. w.

b) Obligationen, bei welchen das obligatorische Versprechen von seinem Rechtsgrund sich trennt, die wegen Mangels der causa begründete Anfechtung aber als Exception untrennbar an der Obligation haftet:

die römischen Formalobligationen, und, ihnen entsprechend, die heutigen Anerkennungsverträge, Schuldschein, Abrechnung u. s. w.

c) Obligationen, bei welchen das obligatorische Versprechen von seinem Rechtsgrund dergestalt sich trennt, daß die wegen Mangels der causa begründete Anfechtung als selbständiger, von der Obligation selbst völlig getrennt zu denkender Anspruch (Condiction) hinter dieser zurückbleibt:

Wechsel und Inhaber-Schuldbrief.

Dabei mag man stets im Sinne behalten, daß auch die Obligationen b und c ihren Rechtsgrund mehr oder weniger vollständig als Bedingung in sich aufnehmen und so jene Trennung vermeiden können [59]); sowie andrerseits, daß auch die

---

59) Darauf beruht es z. B., daß Inhaber-Policen über Lebensversicherungen auch in den Händen eines dritten Besitzers gewissen Einreden aus den Verhältnissen des Versicherten unterworfen sind. Denn die Police verspricht ja nur eine Versicherungssumme, d. h. eine Geldsumme zu zahlen, deren Auszahlung nach dem Statut (der lex contractus) an gewisse Bedingungen geknüpft zu sein pflegt. Wenn daher in dem Statut steht: „Die Versicherung hört auf, wenn der Versicherte sich selbst umbringt, wenn er in der von ihm ausgestellten Declaration eine Unwahrheit gesagt hat" u. s. w.: so muß natürlich den Einwand, daß wegen eines dieser Umstände die Versicherung unwirksam sei, auch jeder Dritte sich gefallen lassen. — Dasselbe würde auch bei einfachen Inhaber-Obligationen eintreten,

Obligationen b die schärfere Trennung der Obligationen c sich anzueignen vermögen, indem sie von vorn herein mit einem Dritten (d. h. nicht mit demjenigen, in Verhältniß zu welchem die Causalbeziehung besteht,) eingegangen werden.

Unger erkennt nun als formelle Verträge an:

1) obligatorische Versprechen, welche einem Dritten, nicht in der Causalbeziehung Stehenden, geleistet werden; wohin er „Bürgschaft[60], Expromission und Delegation" rechnet (S. 67);

2) Wechsel und Inhaberpapiere.

Was ihm bei seinem Begriffe vom formellen Vertrag also vorschwebt, ist offenbar nichts Anderes, als dasjenige Verhältniß, welches ich oben als das personelle Auseinandertreten der Obligation und der aus ihrer causa herzuleitenden Anfechtung bezeichnete. Allerdings offenbart sich in diesen Fällen die Abschließung des obligatorischen Versprechens von seinem Rechtsgrunde weit schärfer. Im Gegen-

---

wenn in den ihrer Ausgabe zu Grunde liegenden, öffentlich bekannt gemachten Statuten stände: „Die Obligation ist ungültig, wenn der erste Empfänger nicht den Preis für solche bezahlt hat"; wo dann jeder Erwerber sich die exc. n. n. pec. gefallen lassen müßte. Schwerlich aber wird das irgendwo vorkommen. — Dies zur Berichtigung wider Renaud (Krit. Ueberschau. V. S. 409).

60) Die Bürgschaft hier aufzuzählen, ist insofern unpassend, als die Verbürgung von dem Bestand ihrer nach der einen Seite hin bestehenden causa, nämlich von dem Bestand der Hauptschuld, völlig abhängig ist, indem sie diesen Bestand als Bedingung stillschweigend in sich aufnimmt. Allerdings ist sie unabhängig von dem Bestand der causa nach der andern Seite, d. h. von dem Rechtsgrund, aus welchem der Bürge dem Hauptschuldner gegenüber sich zur Bürgschaft versteht. Wenn also z. B. zwischen Bürgen und Hauptschuldner bei Uebernahme der Bürgschaft ausgemacht wäre, es sollte die vom Bürgen zu leistende Zahlung als Tilgung einer unterstellten Schuld des Bürgen an den Hauptschuldner gelten: so würde der Bürge die übernommene Bürgschaft dem Gläubiger gegenüber deshalb, weil er sich in dem Bestand dieser Schuld geirrt, nicht anfechten können.

satz zu ihnen kann man sogar mit U. sagen, daß bei den Obligationen der Kategorie b das obligatorische Versprechen in einer gewissen Verbindung mit seiner causa bleibe. Aber man muß nur begreifen, was für eine Art von Verbindung dies ist; daß diese Verbindung nicht, wie bei den Obligatienon a als ein Verhältniß processualischer Untrennbarkeit und materiell vollkommener Abhängigkeit sich darstellt; daß sie vielmehr nur die abgeschwächte Verbindung ist, welche das Recht der aequitas zwischen der abstracten Vermögenszuwendung und ihrer causa wieder hergestellt hat, und welche sich als ein Verhältniß nur relativer Abhängigkeit (oder, wie man ebenso gut sagen kann, relativer Unabhängigkeit) bezeichnen läßt.

Mochte daher Unger immerhin die Obligationen c in ihrer Eigenthümlichkeit darzustellen und von dem Gebiet der übrigen Obligationen abzugrenzen suchen; er hätte sich nur nicht gleichzeitig bemühen sollen, die zwischen den Obligationen b und a gezogene Grenzscheide wieder zuzuwerfen. Freilich versichert er (S. 65), es sei nicht abzusehen, was mit dieser Unterscheidung gewonnen sein solle. Ich, meines Theils, möchte die Ziehung dieser letzteren Grenzlinie für werthvoller halten, als die der von U. gezogenen, und zwar aus dem doppelten Grunde, weil sie wichtiger, und weil sie schwieriger ist. — Der Wechsel ist längst als Formalcontract erkannt worden. Die Inhaber-Obligation ist zwar bisher nicht so aufgefaßt; der Mangel dieser Auffassung hat aber, so viel ich weiß, keinen Nachtheil gebracht; auch war, sobald man einmal den Begriff der Formalobligation als eines abstracten Schuldversprechens gefunden, die Subsumtion des Inhaber-Schuldscheins darunter nicht allzu schwer. Endlich hat man auch m. W. nie gezweifelt, daß die acceptirte Anweisung unabhängig von der causa des Accepts klagbar

sei. — Dagegen ist die richtige Erkenntniß der Obligationen der zweiten Kategorie, namentlich im Gegensatz zu den materiellen Vertragsobligationen, von der größten Wichtigkeit, da sie tagtäglich vor den Gerichten vorkommen, und das weit verbreitete Nicht-Verständniß derselben den unsäglichsten Schaden stiftet. Zu ihrer Erkenntniß aber bedarf es einigermaßen der juristischen Lupe.

Wie man nun die Obligationen der zweiten Kategorie nennen will, ist an sich gleichgültig. Es kann zugegeben werden, daß die Obligationen der dritten Art eine — sit venia verbo — formellere Natur als die übrigen haben, und deshalb den Namen „formeller Verträge" vorzugsweise verdienen. Den Grundcharakter theilen aber mit ihnen auch die der zweiten Art, wenn gleich bei diesen die formelle Natur mehr abgeschwächt und verdeckt zu Tage tritt. Jedenfalls verdienen letztere den Namen formeller Verträge nicht weniger, als die röm. Stipulation, da diese in Beziehung auf Anfechtbarkeit ihnen völlig gleichsteht. Noch Niemand nun hat m. W. behauptet, durch diese Anfechtbarkeit sei die Stipulation ein materieller Vertrag geworden [61]).

Daß aber in der That Inhaberpapiere, Wechsel und gewöhnlicher Schuldschein Rechtsgebilde von ganz nahe verwandter Natur sind, davon kann man sich noch mehr überzeugen, wenn man den Verkehr mit solchen einmal etwas näher vergleicht.

---

61) Sonderbarer Weise will auch Unger eine von zwei Rechtsgelehrten vorgenommene Stipulation als „Begründung eines abstracten Forderungsrechts" gelten lassen, während er „Novation" zu den „materiellen Verträgen" rechnet, weil hier das oblig. Versprechen nur in Verbindung mit seiner Causa „in Betracht komme"! — Welche concrete Anschauung hat U. wohl hierbei geleitet?

Schon in der alten Welt zeigte die (einseitige) Obligation das Bestreben, in der Schuldurkunde eine Art Verkörperung zu gewinnen, um durch deren Hingabe, Weitergabe und Rückgabe die Entstehung, Uebertragung und Lösung der Forderung zur drastischen Erscheinung zu bringen. Der Schuldner bethätigte sein Wollen der Schuld durch Aushändigung einer die Schuld bezeugenden Schrift (chirographum, cautio); diese Schrift wurde vom Gläubiger, um die Obligation in Verkehr zu setzen, verpfändet, verkauft, legirt; um die Schuld für erledigt zu erklären, zurückgegeben. Zu einer eigentlichen Rechtswirksamkeit konnten aber diese Akte nach den Grundsätzen des röm. Civilrechts nicht gelangen. Das in der Hingabe der Urkunde sich bethätigende Wollen der Schuld entsprach keiner der bestehenden Contractsformen; eine Uebertragung der Obligation galt rechtlich überhaupt für unmöglich; nur die Rückgabe des Schuldscheins erwuchs schon früh zu einem vom Prätor geschützten Rechtsakte, einem pactum de non petendo. Aber auch in den beiden ersteren Beziehungen begann wider die beengenden Grundsätze des Civilrechts jener stille Kampf, welcher damit endete, daß das chirographum als Schuldgrund, die Obligation als übertragbar anerkannt wurde. Seitdem hat über ein Jahrtausend lang die Schuldurkunde das wichtigste und geläufigste Vehikel des Obligationenverkehrs abgegeben. So wie in der Rückgabe die Lösung, so begründet sich in der Hingabe die Entstehung der Obligation zwischen Schuldner und Gläubiger. Und selbst die Uebertragung (Cession) der Forderung, wenn sie gleich an keine bestimmte Form gebunden ist, knüpft sich doch bei verbrieften Forderungen so gern an die Urkunde an, daß man gewiß richtig verfährt, wenn man im Laufe eines auf Cession hinzielenden Rechtsverkehrs die Cession selbst (d. h. den quasidinglichen Vertrag, welcher das Eigenthum an der Forderung

überträgt) im Zweifel erst mit Uebergabe der Schuldurkunde als vollendet annimmt[62]). Jedoch genügt zur Darlegung einer Uebertragung des Forderungsrechts noch nicht der Besitz der Urkunde, vielmehr bedarf daneben der auf Cession gerichtete Willen noch eines besondern Beweises; wogegen der Besitz der Schuldurkunde auf Seiten des darin genannten Gläubigers die Entstehung der Forderung vollkommen repräsentirt, indem derselbe als mit Wissen und Willen des Schuldners erlangt vermuthet wird[63]).

Einem ganz ähnlichen Verkehr begegnen wir bei den Inhaberpapieren. Auch bei diesen ist der normale Verlauf der, daß der Schuldner durch Ausgabe des Papiers die Schuld begründet, der Gläubiger durch Rückgabe die Forderung für erledigt erklärt. Um jedoch dem Lebenselemente dieser Papiere, dem öffentlichen Credit, zu genügen, sind wir genöthigt, hier dem Urkundenbesitz eine noch stärkere, intensiv gesteigerte juristische Bedeutung beizulegen. Bei ihnen ist die Entstehung der Forderung durch Besitzerwerb an der Urkunde nicht eine willkürlich gewählte, sondern die nothwendige Form. Ja, nicht allein die Entstehung, sondern auch die Existenz der For-

---

62) Auf dem Gedanken einer solchen Verknüpfung der Cession mit Uebertragung der Urkunde beruht auch die in älteren Schulddocumenten öfters vorkommende Stellung auf den benannten Gläubiger „oder den getreuen Inhaber des Briefs". Vergl. Abh. IV dies. Bandes.

63) Ob eine gleiche Vermuthung für Erledigung der Schuld auch zu Gunsten des Schuldners stattfinde, wenn dieser sich wieder im Besitz der dem Gläubiger ausgestellten Schuldurkunde befindet, darüber schwanken die Anschauungen. Vergl. Seuffert, Arch. Bd. I. Nr. 202, auch Mevius, Dec. V. 166. VII. 284. — M. E. dürfte die Annahme einer gleichen Präsumtion sich rechtfertigen. (Cf. Paul. rec. sent. V. 11 § 2. Probatio traditae vel non traditae possessionis non tam in jure quam in facto consistit; ideoque sufficit ad probationem si rem corporaliter teneant.)

derung ist an die Urkunde geknüpft. Forderungsberechtigt ist — ganz wie der Wortlaut der Urkunde ihn bezeichnet — der Inhaber des Papiers, schon der Inhaber, nur der Inhaber. — So und nicht anders müssen wir, glaube ich, den Grundgedanken, gewissermaßen das strictum jus des Inhaberpapiers construiren, wenn wir dessen eigenthümlicher Natur gerecht werden wollen.

Aber dieser Grundgedanken erleidet in seiner praktischen Anwendung erhebliche Abschwächungen, wodurch der Inhaberschein der gemeinen Schuldurkunde wieder näher rückt. Ich will dies etwas mehr zu veranschaulichen suchen.

Schon der Besitz des Papiers, sagte ich, begründet die Forderung aus solchem; zunächst dem Schuldner gegenüber. An die Stelle der processualischen Vermuthung, welche den gemeinen Schuldschein als mit Wissen und Willen des Schuldners dem Gläubiger zu Händen gekommen unterstellen läßt, müssen wir hier eine Fiction setzen. Läßt sich der Aussteller einen zur Ausgabe bereiten Inhaberschein stehlen, so haftet er um nichts weniger dem Inhaber als Schuldner. Freilich kann er dem Dieb und jedem anderen Inhaber, der beim Erwerb um den Diebstahl wußte, entgegensetzen, daß dieser ihm das Papier zurückzugeben pflichtig und deshalb auch einen Anspruch daraus zu erheben nicht berechtigt sei. Aber dieser Einwand hat nicht sowohl die Bedeutung einer Negirung der Entstehung der Forderung, als vielmehr einer Rück-Vindication des Papiers. Er fällt daher weg, sobald das Papier in die Hände eines gutgläubigen Besitzers kommt[64];

64) Ich gehe hier von der Annahme aus, daß das Inhaberpapier, ebenso wie der Wechsel (Art. 34 der D. WO.) wider den gutgläubigen Besitzer nicht vindicirt werden könne; was freilich gemeinrechtlich bestreitbar ist.

und hierin erweist sich die strengere Natur des Inhaberpapiers, dem gemeinen Schuldschein gegenüber.

Aber auch im Gegensatz zu jedem Dritten begründet für den Inhaber schon der Besitz des Papieres die Forderung. Der Inhaber bedarf — und hierin liegt ein wesentlicher Unterschied des Inhaberscheins vom gemeinen Schuldschein — keiner weiteren Nachweisung, daß ihm das Papier zum Zweck der Uebertragung der Forderung vom ersten Erwerber oder dessen Rechtsnachfolger übertragen sei. Es steht ihm auch in dieser Beziehung eine Fiction zur Seite. Dies wird allgemein insoweit anerkannt, daß der Schuldner an den Inhaber, ohne Rücksicht auf dessen materielle Berechtigung am Papier, gegen Rückgabe der Urkunde zahlen darf. Ob er aber auch dem nachweisbar widerrechtlichen Inhaber zu zahlen pflichtig sei? darüber wird gestritten. Gestattet man dem Schuldner die Einrede, daß der Inhaber wider Willen des wahrhaft am Papier Berechtigten [65]) die Forderung realisiren wolle, so läßt sich solche m. E. nur als eine exceptio doli auffassen, bestimmt, die Strenge des Rechts da zu paralysiren, wo solche über ihren wahren Zweck hinaus zum Nachtheil eines Dritten benutzt werden soll. Durch diese Gestattung tritt aber der Inhaberschein dem gemeinen Schuldschein wieder näher. — Uebrigens ist diese Frage praktisch nicht sehr wichtig, da in den meisten Fällen, wo eine solche Einrede vorkommen könnte, ein Verbrechen indicirt und dadurch schon eine polizeiliche oder strafgerichtliche Beschlagnahme der Forderung geboten sein wird.

---

65) Dieser wahrhaft Berechtigte ist, je nachdem man die Vindication solcher Papiere wider den b. f. possessor gestattet oder nicht, der wirkliche Eigenthümer, oder der letzte b. f. possessor. Durch die Zulassung der Vindication im weiteren Umfange gewinnt daher auch der hier fragliche Einwand an Bedeutung.

Ich sagte weiter, daß **nur** der Inhaber der au-porteur-Obligation Forderungsberechtigter sei. Daraus folgt, daß der Inhaber aufhört Gläubiger zu sein, wenn er das Papier aus den Händen verliert; und zwar würde es der Rechtsstrenge nach keinen Unterschied machen, ob er solches freiwillig weggegeben oder wider Willen verloren. Hat er es wider Willen verloren, und befindet sich das Papier in den Händen eines bekannten Dritten, so tritt auch diese Consequenz wirklich ein; der Verlierende kann nur dem Dritten gegenüber seine Rechte auf das Papier geltend machen, und wird erst wieder forderungsberechtigt, wenn er von diesem dasselbe reell zurückerhalten hat. Ist dagegen das Papier sonst abhanden gekommen oder untergegangen, so würde hier wieder die Rechtsstrenge, welche an den Verlust des Papiers den Verlust der Forderung knüpfte, zu einer Unbilligkeit ausarten und den wahren Zweck des Instituts überschreiten. Man gewährt deshalb in diesem Falle ausnahmsweise auch dem Nicht-Besitzer, nachdem er mittelst eines s. g. Amortisationsverfahrens den Verlust nachgewiesen und den Schuldner gegen die Ansprüche Dritter sicher gestellt hat, ein Recht auf die Forderung[66]).

Beim **Wechsel** scheint auf den ersten Blick Alles anders, weil hier zunächst eine bestimmte Person als Gläubiger

---

66) Das Recht auf Amortisation — wo es nicht etwa ausdrücklich bei Ausgabe des Papiers statutarisch garantirt und dadurch zu einer lex contractus erhoben ist — kann ich (übereinstimmend mit **Gerber**, D. Privatrecht §. 160) nur als Ausfluß einer der Rechtsstrenge derogirenden aequitas betrachten. Bei den Römern würde der Prätor aus der verlorenen Urkunde causa cognita eine actio utilis gegeben haben. — Man möchte vielleicht die Hineintragung der Begriffe von str. jus und aequitas in das moderne Institut der Inhaberpapiere für eine theoretische Spielerei halten. Es knüpft sich aber daran die Regel, daß man bei den contra tenorem juris gestatteten Rechten mit besonderer Vorsicht und Maßhaltung zu verfahren habe.

bezeichnet sein muß, auch die Uebertragung einer besonderen Nachweisung und zwar in einer Form bedarf, welche sehr oft auch bei gemeinen Schuldurkunden vorkommt; in der Form einer auf die Urkunde selbst gesetzten schriftlichen Erklärung. Gleichwohl übt auch hier der Besitz der Urkunde eine ganz ähnliche Wirkung, wie beim eigentlichen Inhaberpapier, nur in der Art beschränkter, daß er in der Regel nur für denjenigen wirkt, welcher auf dem Wechsel als berechtigt bezeichnet ist. Es giebt keine andere Form der Uebertragung der Wechselforderung, als mittelst gleichzeitiger Uebergabe des Wechsels. Für einen verloren gegangenen Wechsel bedarf es in gleicher Weise, wie beim Inhaberschein, eines Amortisationsverfahrens. Auch der gestohlene Wechsel begründet für den darin genannten Gläubiger oder Indossatar das Recht aus dem Wechsel, dergestalt, daß er durch Zahlungsempfang den Wechselschuldner befreit, auch den Wechsel an einen bona fide Erwerber mit Wirksamkeit weiter indossirt. Selbst das falsche Indossament legitimirt den Besitzer in gewissem Maße zum Zahlungsempfang, da ja der auf den Wechsel Zahlende die Aechtheit der Indossamente zu prüfen nicht verpflichtet ist [67]. Das Indossament hat hiernach in Wahrheit weniger die Bedeutung, eine wirkliche Uebertragung des Wechsels auf den Besitzer zu beweisen [68], als vielmehr für dessen bona fides eine Controlle zu gewähren. Auch wenn der Wechsel zwischen den verschiedenen Indossanten rückläufig wird, legimirt zur Geltendmachung der Rechte aus solchem lediglich dessen

---

67) Art. 36 der D. WO.

68) Es braucht wohl nicht erinnert zu werden, daß das Indossament insofern ein complicirtes Rechtsgeschäft ist, als es neben der Uebertragung der bereits durch den Wechsel begründeten Rechte regelmäßig auch eine eigene Obligirung des Indossanten enthält. Hier ist nur von der ersteren Wirksamkeit desselben die Rede.

Besitz. — Durch alle diese Verhältnisse steht aber der Wechsel dem Inhaber-Schuldbrief weit näher, als dem gemeinen Schuldschein. Er wird vollends zu einem Inhaberpapier durch Blanco-Indossament.

So wie die Inhaberpapiere durch die Abschwächung, welche ihr Grundprincip erleidet, dem gemeinen Schuldschein näher rücken, so zeigt umgekehrt dieser in einzelnen Erscheinungen das Bestreben, sich den Inhaberpapieren zu nähern. Dahin rechne ich den oben (S. 345) angeführten Satz der Praxis, daß beurkundete Rechtsverhältnisse nur durch die Urkunde zu erweisen seien; so wie ferner die schon im röm. Recht anerkannte Pflicht des Gläubigers, dem zahlenden Schuldner den Schuldschein zurückzugeben; Sätze, welche auch beim gemeinen Schuldschein die Realisirung der Forderung in gewissem Maße an den Besitz der Urkunde knüpfen. Noch stärker tritt der nämliche Gedanke darin hervor, daß oftmals — particularrechtlich oder gerichtsgebräuchlich — für die Ueberschreibung oder Löschung gerichtlicher Schuldverschreibungen in den öffentlichen Grundbüchern neben der Vorlage einer Cessionsurkunde, resp. Quittung, auch noch die Vorlage der Schuldurkunde selbst verlangt, und, wenn der Gläubiger sich hierzu außer Stande erklärt, ein Amortisationsverfahren, ganz ähnlich dem bei Inhaber-Papieren vorkommenden, für nöthig gehalten wird.

Aus dem Allen ergiebt sich, daß der äußere Verkehr mit gemeinen Schuldscheinen und Inhaberpapieren die größte Aehnlichkeit hat. Die Verschiedenheiten laufen sämmtlich auf den einen Zweck hinaus, die freie Bewegung der letzteren Papiere zu erleichtern und zu sichern. Darauf beruht denn auch der bei Weitem wichtigste, bereits mehrfach hervorgehobene innere Unterschied.

Da die röm. Obligation, wie sie der gemeine Schuld-

schein repräsentirt, kein von vorn herein für die Circulation bestimmtes Vermögensobject bildet, so würde es ungerecht sein, wollte man die gleichwohl gestattete Uebertragung derselben dem Schuldner irgend zum Nachtheil gedeihen lassen. Darum erlaubt diesem das Recht, alle Vertheidigungen, welche ihm wider den ursprünglichen Gläubiger zu Gebote standen, auch wider den Cessionar zu gebrauchen. Dem Schuldschein folgt seine Anfechtbarkeit wie ein Schatten. — Inhaber-Papiere dagegen sind schon nach der lex contractus dem freien Verkehr anheimgegeben[69]). Niemand würde aber ein solches Papier erwerben wollen, wenn er zu gewärtigen hätte, alle aus der Entstehung und dem Lebenslauf der Obligation zu entnehmenden Einwendungen sich gefallen lassen zu müssen. Es entspricht daher der Natur der au porteur-Obligation, daß sie, so wie sie in dritte Hände gelangt, allen wider sie begründeten Einwendungen, welche der Erwerber nicht schon aus dem Papier entnehmen konnte, entschlüpft. Und zwar beschränkt sich das Gebiet dieser Einwendungen nicht etwa auf die, schon im röm. Rechte in einer gewissen Trennung von der Obligation gedachten, Exceptionen, sondern es erweitert sich auf alle außerhalb des Papiers liegenden Einreden, sollten sie auch röm. rechtlich ipso jure wirken. So wenig als die exceptio indebiti oder die exceptio non numeratae pecuniae kann daher eine auf dem Wechsel nicht abgeschriebene Zahlung, oder die Einrede, daß der Wechselbegebung eine Simulation oder eine unerlaubte Schenkung zu Grunde liege,

---

69) In den meisten Fällen wird derjenige, welcher Inhaberpapiere ausgiebt, selbst ein Interesse dabei haben, mobile Papiere zu schaffen. Wo aber auch derselbe lediglich der größeren Bequemlichkeit halber diese Form des Contrahirens wählt, willigt er eben aus diesem Grunde in die Mobilität und deren Consequenzen ein.

dem nachfolgenden Indossatar gegenüber geltend gemacht werden [70]).

Aber auch auf diesem Gebiete können andere Arten von Schuldurkunden es den Inhaberpapieren gleich thun. So bestimmt z. B. das Königl. Sächsische Gesetz vom 6. Novemb. 1843 (§. 27), daß der hypothekarische Schuldner Einreden wider die Richtigkeit oder den Fortbestand einer in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragenen Forderung dem Dritten gegenüber, welcher die Forderung im guten Glauben erworben und sich im Grundbuch habe zuschreiben lassen, nicht gebrauchen könne [71]). Hier schließt der Eintrag in das Grundbuch die Forderung von allen außerhalb dieses Eintrags gelegenen Einwendungen dergestalt formell ab, daß sie als ein völlig abstractes Forderungsrecht auf den Cessionar übergeht, und dadurch eine dem Inhaberpapier ganz ähnliche Natur annimmt.

Andrerseits ist es bekannt, daß auch ein Inhaberschein durch einen entsprechenden Vormerk „außer Cours gesetzt" werden kann und dadurch in einen gemeinen Schuldschein übergeht. War nun der Inhaberschein vorher eine Formalobligation, wie sollte er durch diesen Akt zu einem bloßen „Beweismittel für eine materielle Obligation" (und für welche?) werden?

Endlich will ich noch auf eine Erscheinung aufmerksam machen, die in gleicher Weise auch bei gemeinen Schuldscheinen vorkommt. Wir finden in au-porteur-Obligationen die

---

70) Die Einrede mangelnder Dispositionsfähigkeit des Wechselschuldners (Minderjährigkeit, Wahnsinn) findet jedoch jedem Wechselinhaber gegenüber statt; weil jeder Wechselnehmer die Persönlichkeiten der Wechselzeichner kennen muß.

71) Eine gleiche Bestimmung enthält ein Mecklenburg-Schwerin'sches Gesetz v. 2. Jan. 1854 § 17 und v. 21. Dec. 1857 § 38.

Schuldverbindlichkeit öfters in folgender oder ähnlicher Weise ausgedrückt:

„Inhaber dieser Schuldverschreibung hat der unterzeichneten Casse den Betrag von ...... dargeliehen.“

Es wird keiner Ausführung bedürfen, daß das so Gesagte eine handgreifliche Unwahrheit enthält. Wenn es auch vielleicht für den ersten Inhaber wahr ist, so ist es doch für jeden folgenden, für den es doch auch gelten soll, nicht mehr wahr. Wie kommt man zu dieser unwahren Ausdrucksweise, und was soll sie bedeuten? — Die Beantwortung dieser Frage soll unten versucht werden; hier wollte ich nur die Thatsache constatiren.

Diese Ausführung mag genügen, um anzudeuten, welchen reichen Stoff belehrender Vergleichung Schuldschein, Wechsel und Inhaberpapier darbieten, sobald man sich nur ihrer generischen Einheit bewußt wird [72]). Und Unger würde, glaube ich, seiner Schrift ein weit höheres Interesse haben geben können, wenn er die „Inhaberpapiere“, statt sie von dem einfachen Schuldschein abzuschließen, in organischem Zusammenhange mit solchem behandelt hätte. Er würde dann auch erkannt haben, daß gemeine Cession, Wechselgiro und Tradition eines Inhaberpapiers gleichartige Rechtsgeschäfte sind, welche in dem Grundcharakter einer Obligationsübertragung sich vereinigen; und er würde schwerlich auf den nicht eben glücklichen Gedanken gekommen sein, die Wirksamkeit von

72) Auch für das Bd. I S. 480 flg. dieser Jahrb. von mir besprochene Verhältniß mehrerer Forderungsprätendenten, welche auf ein und dieselbe Obligation Anspruch machen, kann man kein deutlicheres Bild gewinnen, als in der streitigen Berechtigung Mehrerer an einer Inhaber-Obligation.

Wechsel und Inhaberpapieren in dritter Hand auf ein in Vertretung des ursprünglichen Schuldners von dem Uebertragenden neu abgegebenes Schuldversprechen zurückzuführen. Er würde endlich nicht versucht haben, so, wie er S. 100 thut, in wenigen Sätzen über die Hauptresultate der diesseitigen Lehre abzusprechen.

Auch Dernburg[73]) hat sich berufen gefühlt, im Dienste der Wissenschaft, der „strengen Herrin", gegen die von mir vertretene Lehre Widerspruch zu erheben. Er stellt diese so dar: „Der Verf. nimmt an, es liege meist in der Anerkennung einer Verpflichtung durch den Schuldner ein neuer Vertrag, wodurch der Anerkennende sich verpflichte, die anerkannte Schuld gegen sich gelten zu lassen. Dieser Vertrag binde ihn formell; ob die anerkannte Schuld existirte oder nicht, sei von nun an gleichgültig und könne regelmäßig nicht mehr in Frage kommen. Nur in den wenigen bestimmten Fällen sei der neue Vertrag ungültig oder anfechtbar, in denen denn auch Verträge anderer Art hinfällig wären." — Wo eine solche ächte Anerkennung vorliege, „da sei die Sache abgeschlossen, für immer abgethan; vorausgesetzt nur, daß der Anerkennende Fähigkeit hatte, Verträge abzuschließen." — „Eine ächte Anerkennung findet der Verf. vor Allem in der Zahlung einer Schuld. Hier gehe stets mit der Eigenthumsübertragung der Vertrag Hand in Hand, die angeblich existirende Schuld für immer gegen sich gelten zu lassen. Ebenso verhalte es sich, wenn der Schuldner eine Stipulation über eine bestehende Schuld abschlösse, auch hier finde sich nicht nur ein Versprechen zu zahlen, sondern daneben der Vertrag,

---

73) Recens. V (Not. 1).

die alte Obligation als gültig gelten zu lassen. Im heutigen Recht findet der Verf. gleiche Natur im Schuldschein" (S. 493). — „Der Gewinn, den der Verf. aus dem röm. Recht mitbringen will, ist der Satz, daß alle Verträge, die über eine bestehende Verpflichtung geschlossen werden, den Vertrag in sich schließen, die alte Schuld gegen sich für immer gelten zu lassen. So giebt der neue Vertrag nach dem Vf. dem Gläubiger eine neue unanfechtbare Grundlage" (S. 510). — Dies Alles findet D. gekünstelt und dem Parteiwillen widersprechend, theoretisch nicht begründbar, und in seiner Schroffheit praktisch verderblich. Nur die Bedeutung eines „wichtigen Beweismoments" könne der Anerkennung in allen jenen Verhältnissen beigelegt werden. „So wichtig die Sicherheit im Rechtsleben ist, wichtiger ist materielle Gerechtigkeit!" — so ruft D. im Eingang begeistert aus; während er am Schluß, wo er auf die praktischen Resultate kommt, erklärt: „Hier nähern wir uns dem Verf. in den wesentlichsten Ausführungen." Namentlich will auch er die Abrechnung, und selbst den Schuldschein ohne Angabe eines speciellen Schuldgrundes als „klagbare Verträge" und auch als „bis zum Gegenbeweis ihren Beweis in sich schließend" gelten lassen!

Ich bin ganz damit einverstanden, daß die von D. dargestellte Lehre schroff, gekünstelt und unbegründbar ist. Sie ist aber auch nicht die meinige. Ich habe nirgends das Element[74]) der Zahlung, stipul. debiti etc., welches ich „ächte Anerkennung" nenne, als einen mit jenen Rechtsgeschäften verbundenen Vertrag bezeichnet, und muß diese Bezeichnung desavouiren, weil dadurch jenem Element eine Selbständigkeit

74) Die Anerkennungs-Erklärung, welche durch das in ihr stillschweigend enthaltene Zahlungsversprechen zum Vertrage wird (vergl. §. 44 m. S.), ist natürlich etwas von diesem Elemente ganz Verschiedenes.

beigelegt wird, die demselben überall nicht zukommt (s. oben S. 312 flg.). Noch weniger habe ich gesagt, es sei dieselbe ein Vertrag, wie alle anderen Verträge, und nur in gleichem Maße, wie diese, anfechtbar. Vielmehr steht die der ächten Anerkennung gegenüberstehende Anfechtung wegen Irrthums im ganzen Rechtssystem fast einzig in ihrer Art da[75]). Auf diese Anfechtbarkeit wird dann auch überall in meiner Schrift hingewiesen; ja es wird sogar (S. 77 flg.) ausdrücklich hervorgehoben, daß dieselbe einem einfachen Gegenbeweise sich faktisch in hohem Grade nähern könne. Wie man daher, sollte man auch nur S. 242 m. S. gelesen haben, drucken lassen mag:

So giebt der neue Vertrag nach dem Verf. dem Gläubiger eine neue „unanfechtbare" Grundlage.

ist mir nicht begreiflich. Die ganze Darstellung D.'s scheint mir nur geeignet, seiner kritischen Entrüstung zur Folie zu dienen, nicht aber, von dem Inhalt meines Buchs ein wahres Bild zu geben.

Dies zur thatsächlichen Berichtigung. Auf die Rechtsausführungen D.'s will ich nur bemerken: es fehlt ihm, was die theoretischen Grundlagen betrifft, die Einsicht von der Bedeutung des strictum jus in den hier fraglichen Verhältnissen; auf praktischem Gebiete aber ein Verständniß des Unterschieds zwischen processualischer Begründung und Beweisführung.

Es sei mir gestattet, hier noch auf einige Schriftsteller zu verweisen, bei welchen ich den meinigen nah verwandte Gedanken geäußert finde.

Darunter ist zunächst Gönner zu nennen, ein Jurist,

75) Vergl. Savigny, Syst. III S. 359.

dessen geistige Kraft weit Bedeutenderes geleistet haben würde, wenn er nicht in eine wissenschaftlich verflachte Zeit gefallen wäre. Seine Ansichten, auf die ich hier mich beziehe, finden sich in seinem „Handbuch des Processes“ (Bd. 2 Nr. 43) unter der Rubrik „vom Geständnisse“ zusammengefaßt; wobei nur zu erwähnen, daß er auch bei den Urkunden, „durch welche Jemand seine Verbindlichkeiten anerkennt, z. B. Quittungen, Schuldbriefe“, auf die Wirkung eines Geständnisses verweist (das. 46 § 2). Die Kraft des Geständnisses aber leitet er ab aus der „willkürlichen Disposition eines jeden Menschen über seine veräußerlichen Rechte“; weshalb „nur Personen, welche über das Ihrige frei schalten können, ein verbindliches Geständniß abzulegen vermögen.“ Weiter sagt er: „Ein jedes Geständniß setzt die Absicht voraus, eine rechtsverbindliche Handlung vorzunehmen; diese Absicht versteht man unter dem animus confitendi.“ „Bei gerichtlichen Handlungen muß diese Absicht als Regel aufgestellt werden. Bei außergerichtlichen Geständnissen ist aber in Beurtheilung dieser Absicht große Behutsamkeit nothwendig.“ „Ich würde anrathen, dem mündlichen Geständnisse nur dann eine Wirkung beizulegen, wenn es mit der ausdrücklich geäußerten Absicht, über seine Rechtsverhältnisse sich zu erklären, abgegeben wurde. Das schriftliche aber würde ich dem gerichtlichen gleichstellen, weil eine schriftliche Erklärung den Stempel des Vorbedachts an sich trägt. Bis zur Verbesserung der Gesetze muß der Richter durch scharfe Abwägung aller Umstände diese Lücke ausfüllen.“ — Endlich lehrt er, „daß derjenige, welcher aus einem schuldbaren Irrthum oder gar wissentlich ein unwahres Geständniß mache, nicht einmal zum Beweise seines Irrthums und zum Widerruf des Geständnisses zugelassen werden könne“; wofür er auf die Lehre von der cond. indeb. verweist.

Man sieht, Gönner ist sachlich ganz mit mir einver-

standen. Woran scheitert aber seine Auffassung? Folgende Worte (§ 6) ergeben es: „Geständniß hat mit einem Vertrage nichts gemein. Dieser ist Quelle neuer Rechtsverhältnisse; ein Geständniß aber setzt diese schon voraus, und enthält nur die Erklärung der Interessenten über bestehende Verhältnisse." — Es fehlt ihm also der Begriff des formellen Vertrags und damit der Centralpunkt für eine theoretisch befriedigende Gestaltung der Sache. Er klagt, wie so oft geschieht, über Mangel der Gesetze da, wo vor Allem die Wissenschaft ihre Aufgabe erkennen und lösen sollte.

Auch bei Bethmann-Hollweg regen sich ähnliche Gedanken; aber er glaubt sie unterdrücken zu müssen. Er lehrt (Versuche S. 315 flg.), daß das außergerichtliche Geständniß stets einfachem Gegenbeweis, auch ohne Darlegung eines Irrthums, unterliege. Aber er kann nicht umhin, sich selbst den Zweifel entgegenzustellen, ob nicht die gegentheilige Ansicht aus allgemeinen Principien sich rechtfertige, da man sagen könne: der Geständige, der wissentlich widerrechtlich die Unwahrheit aussage, dürfe sich auf seinen eigenen dolus nicht berufen. „Dann würde aus dem Geständniß eine Verbindlichkeit, eine Art Obligation entstehen, und dies ist es, was Manchem vorgeschwebt hat." (Dabei wird auf Gönner verwiesen.) „Allein dagegen spricht Folgendes: 1) Es ist kein Bedürfniß für diese Annahme vorhanden. 2) Es wäre dies immer etwas Positives und positive Belege haben wir für diese Ansicht nicht." — Also auch Bethmann-Hollweg scheitert an der Möglichkeit, das, wofür sein Rechtsgefühl offenbar eine Stimme erhebt, theoretisch zu begründen; und sich und Anderen zum Trost sagt er dann noch, „es sei auch kein Bedürfniß vorhanden."

Sehr nahe den diesseitigen Ansichten steht Wetzell (System des Civilprocesses § 22). Als Grund der Glaubwürdig-

keit des Geständnisses — worauf er auch (§ 24) die Wirksamkeit der „ein außergerichtliches Geständniß enthaltenden Urkunden" zurückführt — bezeichnet er geradezu „den Willen des Bekennenden." „Wenn gleich nur das Bekenntniß nachtheiliger Thatsachen Glauben finden kann, so verdient und findet es ihn vollständig doch erst dann, wenn es auf dem Bewußtsein des für einen Andern aus der eingestandenen Thatsache entspringenden Vortheils beruht, und von dem Bekennenden in der förmlichen Absicht abgelegt wird, jenem Andern den Beweis der ihm vortheilhaften Thatsachen gegen sich einzuräumen (animus confitendi)." „Jene Absicht, welche die formelle Seite dieses Beweismittels bildet, ist nicht bei jeder zufälligen, wenn auch noch so ernstlichen Aeußerung, sondern nur da anzunehmen, wo sie gegen den dadurch Begünstigten oder dessen Vertreter ausgesprochen wird. Ein gegen Dritte abgelegtes Geständniß liefert daher keinen vollen, das nachweislich simulirte, im Scherz gegebene, erzwungene oder erschlichene gar keinen Beweis." — Hier ist in unverkennbaren Zügen der Anerkennungsvertrag gezeichnet. Fast jedes Wort paßt auf ihn. Der civilrechtliche animus confitendi ist nichts Anderes, als ein animus obligandi. Deshalb genügt auch nicht die bloße Ernstlichkeit, sondern das „Geständniß" muß „dem Begünstigten gegenüber", d. h. unter Acceptation dessen, der daraus Rechte erwerben soll, abgelegt sein. Deshalb unterliegt es den Einreden der Simulation, des Scherzes, des Zwangs und der Erschleichung; lauter Einreden, welche nur einem (wirklichen oder scheinbaren) Willensakte gegenüber gedacht werden können. Nur darin haftet jene Darstellung noch an der alten Lehre, daß sie, statt von einem „formell wirkenden Vertrage", von einem „vollen Beweise" redet. Es wird für Wetzell nur eines Schrittes bedürfen, um von seinem Standpunkt auf den meinigen über-

zugehen; wodurch er zugleich für den Begriff und die Wirksamkeit des nur processualisch wirkenden (beweisenden) Geständnisses ein klareres Feld gewinnen dürfte.

Eine bemerkenswerthe Erscheinung bietet auch ein Preußisches Gesetz vom 2. März 1857 dar. Dasselbe beginnt mit den Worten: „Wer in gewinnsüchtiger Absicht — sich von einem Minderjährigen Schuldscheine, Wechsel, Empfangsbekenntnisse, Bürgschafts-Instrumente oder andere eine Verpflichtung enthaltende Urkunden ausstellen, oder auch nur mündlich ein Zahlungsversprechen ertheilen läßt u. s. w." Diese Zusammenstellung und Ausdrucksweise ist bezeichnend genug, und kann bei einer Gesetzgebung von der Intelligenz der Preußischen wohl nicht als bloßer Zufall angesehen werden [76].

Tief beklage ich, daß wir, wie es scheint, Savigny's Ansicht über die hier fragliche Lehre nicht mehr erfahren sollen. Wenn ich auf seine Zustimmung gehofft, so geschah es nicht allein, weil jene Lehre in ihren wesentlichsten Grundlagen auf Ansichten, die gerade Savigny vertritt, beruht, sondern weil auch Manches in den Schriften S.'s darauf hindeutet, daß er selbst bereits mit Aufbau der nämlichen Lehre begonnen habe. Außer dem schon früher (S. 169 und 214 m. S.) Angeführten rechne ich dahin: seine Aeußerungen über die Natur der Inhaberpapiere (s. oben S. 368); die Aufzählung einer für „Schuldverschreibungen" vorgeschriebenen Form in erster Linie unter den „Formen der Verträge" (Obl.-R. II S. 246); die Bezeichnung der Acceptilation als einer feierlichen Quittung (Obl.-R. I S. 171); endlich die Weise, wie

76) Eine fast wörtlich gleichlautende Bestimmung wurde vor Kurzem von einem Gesetzgebungs-Ausschuß in Baiern angenommen. Augsb. Allg. Zeit. v. 16. Dec. 1857 S. 5592.

er im System Bd. VIII S. 271 über die exc. n. n. pec. redet[77]). Besonders aber möchte ich auf Folgendes aufmerksam machen. Puchta sagt in dem mehrerwähnten, aus seinem Nachlaß unter dem Titel „Recognitivvertrag" publicirten Aufsatze: „Quittung und Ausstellung eines Schuldscheins sind entschieden einseitige Handlungen. Daß sie durch die Anerkennung, welche darin liegt, Verträge werden sollen, scheint mir nicht natürlich." — Offenbar lehnt Puchta mit diesen Worten einen ihm von anderer Seite gebrachten, von ihm nicht einmal ganz richtig aufgefaßten[78]) Gedanken ab. Durch eine Mittheilung Savigny's steht nun fest, daß jener Aufsatz ein Bruchstück aus einer zwischen ihm und Puchta gepflogenen Correspondenz ist. Es sind daher jene Worte augenscheinlich der Reflex einer vorausgegangenen Aeußerung Savigny's, welche wohl nicht anders gelautet haben kann, als: „Schuldschein und Quittung sind Anerkennungsverträge."

Ich will endlich noch einige Betrachtungen, mit besonderer Rücksicht auf den Standpunkt der Praxis, hinzufügen. Wenn in dieser die von mir bearbeitete Lehre von mancher Seite, und zwar nicht gerade von den schlechtesten meiner Fachgenossen, der Zustimmung sich zu erfreuen gehabt hat, so soll daraus der Arbeit selbst kein Verdienst gemacht werden. Jene Fachgenos-

77) Freilich sagt S. auch hier noch, es handle sich bei dieser letztern „zunächst um eine eigenthümliche Beweisregel." Vielleicht hat aber gerade der Umstand, daß S. zu entschieden von der Annahme ausgieng, bei der exc. n. n. p. spiele eine Beweisregel die Hauptrolle, ihn veranlaßt, diesem Institut weniger Aufmerksamkeit zu widmen, da auch er Beweisfragen für minder beachtenswerth hält (vergl. Obl.-R. II S. 265. 266).

78) Das ergeben die Worte: „daß sie durch die Anerkennung Verträge werden sollen u. s. w."

sen sind die nämlichen, in deren Anschauungen die Lehre, wenn auch vielleicht ohne vollständiges theoretisches Bewußtsein, längst lebendig war[79]). Auch würde ich selbst schwerlich zu deren Aufstellung gekommen sein, wenn ich nicht in den Anschauungen der Praxis, namentlich in der ausgebildeten Abrechnungslehre, den ersten Anhalt für solche gefunden hätte. Das Abrechnungsgeschäft wird daher auch für den Praktiker den besten Ausgangspunkt für das Verständniß des Ganzen abgeben. Untersuchen wir deshalb nochmals, was bei der Abrechnung vorgeht.

Wenn zwei Leute in Forderungsverhältnissen mit einander stehen, so kann sich hieran ein verschiedenes Bedürfniß anknüpfen. Sie können wissen wollen, wie die verschiedenen Forderungen in ihrer Gesammtheit auf ihr Vermögen wirken. Dies erfahren sie, indem sie die Beträge der jeseitig bestehenden Forderungen zusammenrechnen, und die gewonnenen Summen von einander abziehen; die gefundene Differenz bildet alsdann den mathematischen Ausdruck für die Summe, welche zur Ausgleichung sämmtlicher Forderungen aus dem Vermögen des Einen in das des Andern herüber wandern muß. Diese Operation kann Jeder der Interessenten für sich allein vornehmen; beide können sie aber auch gemeinsam bewirken, und das übereinstimmende Resultat gewährt ihnen dann die Ueberzeugung, daß sie über den Bestand ihrer gegenseitigen Forderung zur Zeit einig, d. h. übereinstimmender Ansicht sind. Dadurch wird aber juristisch nichts an dem Stand der Sache geändert, da eine bloße Ansicht Niemanden verpflich-

---

79) Es sei hier noch auf die Ausführung von Hoffmann im Archiv f. prakt. Rechtswiss. Bd. I S. 143 flg. verwiesen.

tet. — Es wird aber oftmals an ein Verhältniß dieser Art sich das weitere Bedürfniß knüpfen, den processualischen Schwierigkeiten, welche die Verfolgung sämmtlicher einzelnen Forderungen mit sich bringen würde, überhoben zu werden. Diesem Bedürfniß kommen die Interessenten nach, indem sie ihre zur Zeit bestehende Einigkeit der Ansicht zu einer Einigkeit der Absicht, zu einem übereinstimmenden Wollen erheben. Dieses Wollen bezieht sich auf die Gesammtheit der beiderseitig anerkannten Forderungsverhältnisse in dem für solche durch die Rechenoperation neu gewonnenen mathematischen Ausdruck. In welcher Form dieses Wollen zu Tage tritt, ob in einem ausdrücklichen, auf die berechnete Summe gerichteten Zahlungsversprechen, oder in der Erklärung (dem „Bekenntniß"), daß jene Summe fortan als Schuld zwischen ihnen gelten solle u. s. w., ist gleichgültig.

Die Praxis hat dieses geeinigte Wollen unter dem Namen „Abrechnung" als selbständig klagbares Rechtsgeschäft anerkannt. Man ist sich auch des Gegensatzes einer blos geeinigten Ansicht über den Gesammtbetrag der beiderseitigen Forderungen bewußt geworden, und hat solche oftmals unter dem Namen einer bloßen „Berechnung" der „Abrechnung" gegenüber gestellt. Daß man sich in diesen Worten technisch bestimmte Begriffe bilde, dagegen ist nichts einzuwenden, sobald man nur nicht über die Worte die Begriffe vergißt.

Fragen wir nun nach der Natur jenes in der s. g. Abrechnung liegenden Willens, so ist derselbe darauf gerichtet, daß derjenige, welcher bei der Berechnung gut behält, statt die einzelnen früheren Forderungen processualisch begründen und beweisen zu müssen, zur Erreichung des Resultats derselben lediglich auf die neue Einigung sich berufen dürfe. Indem so die Abrechnung materiell nichts Neues schafft, trägt

sie dagegen ein formell neues, von dem ursprünglichen Bestand der Forderungsverhältnisse abstrahirendes, d. h. für seine juristische Wirksamkeit sich selbst genügendes Wollen in sich. Die Abrechnung ist ein Summenversprechen, ein formeller Vertrag.

Mit ihr ist daher — und Niemand wird diese Consequenz abwenden können — das Institut des Summenversprechens oder formellen Vertrags, als zwischen Gläubiger und Schuldner auf den Grund bestehender Forderungsrechte durch formlose Einigung herstellbar, praktisch anerkannt. Wenn ich mich mit meinem Geschäftsfreund dahin einigen kann:

„Weil du mir an verschiedenen Forderungen aus Kauf, Darlehn u. s. w., abzüglich einer Gegenforderung für von dir geleistete Dienste, (6 + 3 — 4 =) 5 schuldig bist, so willst und sollst du mir fortan 5 schulden";

so ist in aller Welt nicht einzusehen, warum wir uns nicht mit gleicher Wirksamkeit auch dahin einigen können:

weil du mir aus Kauf 6 schuldig bist, willst du mir fortan 6 schulden;
weil du mir aus Darlehn 3 schuldig bist, willst du 3 schulden;
und weil ich dir für Dienste 4 schulde, will ich dir 4 schuldig sein.

Denn diese dreifache Einigung ist nur ein anderer Ausdruck für die in dem dargestellten Abrechnungsgeschäft combinirte Willenseinigung; gerade so, wie 5 nur ein anderer Ausdruck ist für 6 + 3 — 4.

Allerdings hat sich hie und da die Ansicht Geltung verschafft, es bedürfe, um aus einer Abrechnung Klage zu erheben, mindestens einer „generellen Bezeichnung der vorausgegangenen Rechtsgeschäfte ihrer Gattung nach [80])." Und die

---

80) Es findet sich die Ansicht namentlich in einigen Erkenntnissen

nämliche Ansicht findet sich auch bei einem zur Feststellung einer Einzelnschuld ertheilten Zahlungsversprechen in der Art wieder, daß man dieses Versprechen als ein constitutum bezeichnet, und zur Klagbegründung aus solchem eine mindestens „generelle Angabe" des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts fordert. Was denkt man sich aber wohl eigentlich bei Aufstellung dieses Erfordernisses? Gesetzt, der aus einem solchen Rechtsgeschäft Verklagte erklärte: „ich gestehe die Abrechnung (das Zahlungsversprechen) zu, leugne aber, daß solche über die der Gattung nach angegebenen Rechtsgeschäfte stattgehabt." Wie würde man nun erkennen? Würde man dem Kläger diese Rechtsverhältnisse zu Beweis stellen? Und sollen sie von ihm bewiesen werden als objectiv bestehend, oder subjectiv im Sinne gehabt? — Sagt man, wie ich vermuthe, das Letztere, dann frage ich weiter, wozu soll dieser Beweis? Will man damit eine Controlle über die Rechtmäßigkeit des Verkehrs üben? Sollte wirklich ein Kläger so einfältig sein, für seine auch noch so unerlaubten Geschäfte keine das Unerlaubte verdeckende allgemeine Bezeichnung auffinden zu können? — Oder soll der Verklagte dadurch für eine etwaige Anfechtung in eine bessere Lage versetzt werden, so daß jene Angabe mehr einer editio tituli entspräche? Wie und wodurch denkt man sich eine solche Editionspflicht begründet? Oder glaubt man wohl gar, der Verklagte müsse, um beurtheilen zu können, ob er sich mit Grund verpflichtet habe, erst vom Kläger darüber aufgeklärt werden, warum er sich eigentlich verpflichtet? Sollte es wirklich Menschen in der Welt geben, welche, nachdem sie etwa in der oben S. 300 Note 8 bemerkten Weise eine Verbindlichkeit eingegangen, ohne Gefahr, für verrückt

---

des OAGerichts zu Darmstadt ausgesprochen. Vgl. Arch. f. prakt. Rechtswiss. Bd. V S. 116 flg.

gehalten zu werden, zu ihrem Gläubiger sagen dürften: „Sage mir einmal erst, warum ich dir eigentlich 100 Thlr. zu zahlen versprochen habe; eher kannst du natürlich nicht verlangen, daß ich mich darüber entscheide, ob ich das mit Recht oder Unrecht gethan, und ob ich dir deshalb zu zahlen brauche!" —[81])? — Ich möchte fast glauben, man hat sich bei Aufstellung jenes Erfordernisses gar nichts Klares gedacht, sondern sich nur mit dem röm. constitutum und der gemeinen Lehre von der cautio indiscreta bestmöglichst abfinden wollen. Eben deshalb läßt sich auch nicht sagen, wie eigentlich dadurch sich das Wesen jener Rechtsgeschäfte modificire.

Ich habe früher (S. 223 flg. m. S.) darauf hingewie-

---

81) Ich würde dieser Ansicht hier kaum noch erwähnen, wenn sie nicht in einem Erkenntniß des OAG. zu Lübeck vom J. 1857 (abgedr. bei Römer, Frankf. Samml. Bd. 4 Nr. 134) wieder auftauchte. Dort wird die selbständige Wirksamkeit eines zur Feststellung einer Schuld ertheilten Zahlungsversprechens, mithin der Anerkennungsvertrag seinem Wesen nach, anerkannt. Jenes wird aber „Constitut" genannt; und es wird weiter gefordert, „daß der Gegenstand der Anerkennung und Zahlungszusage, wenn auch nur generell, dergestalt bezeichnet werde, daß der Verklagte das constituirte Schuldverhältniß hinlänglich zu erkennen vermöge, um über die Existenz und Rechtsbeständigkeit des Zahlungsversprechens sich ein Urtheil bilden zu können." Diesem Erforderniß wird dann durch die klägerische Angabe, daß die Schuld „aus mehrfachen Handelsgeschäften in Staatspapieren resp. einem lebhaften Börsenverkehr entstanden sei", für genügt erachtet; indem, „wenn Verklagter wirklich eine aus solchem Geschäftsverkehr herrührende Schuld im Betrage von 19500 fl. anerkannt und zu zahlen versprochen habe, man bei ihm auch eine hinlängliche Kenntniß der einzelnen zu Grunde liegenden Geschäfte voraussetzen dürfe, welche ihn in den Stand setze, die Richtigkeit des Anerkenntnisses wiederholt zu prüfen und Einwendungen dagegen vorzubringen." — Ich wäre in der That neugierig, einmal ein auf 19500 fl. gerichtetes Zahlungsversprechen aus einem Geschäftsverkehr zu sehen, bei welchem man eine solche „hinlängliche Kenntniß" des Versprechenden nicht voraussetzen dürfe.

sen, wie die Abrechnung „nicht selten" ihre Wirksamkeit auch auf ein negatives Gebiet ausdehne, in der Art, daß durch solche zugleich die Nichtexistenz anderer, als der verrechneten Forderungen innerhalb eines gewissen sachlich oder zeitlich bestimmten Umfanges anerkannt werde. Nach weiteren Beobachtungen glaube ich diese Aeußerung noch verschärfen zu müssen. Ich möchte sagen: wo zwei Leute mit einander abrechnen (also namentlich sich des Ausdrucks „Abrechnung" bedienen), haben sie jedesmal die Absicht, ein gewisses, zeitlich oder gegenstandlich bestimmtes, Bereich von Obligationsverhältnissen dadurch abzumachen, zu erledigen. Also nicht (wie ich früher sagte) die Frage, ob ein solches Bereich bestehe, sondern nur die Frage, wie sich dieses Bereich begrenze, ist eine quaestio facti des einzelnen Falles. Oftmals wird die Abrechnung alle bisherigen Forderungsverhältnisse zu erledigen bestimmt sein. Die jährliche Saldoziehung der Kaufleute darf man als alle aus ihrem Handelsverkehr in dem betreffenden Jahre erwachsenen obligatorischen Verhältnisse zu umfassen bestimmt ansehen. Wo nun eine solche Abrechnung über ein bestimmt erkennbares Gebiet vorliegt, da muß es, um einen später auftauchenden Forderungsposten als in der Abrechnung begriffen resp. durch dieselbe erledigt anzunehmen, schon genügen, daß der Forderungsposten seiner Natur nach, in Vergleich mit dem für die Abrechnung bestimmten Gebiet, unter die Abrechnung fällt, ohne daß eine reelle Verrechnung desselben nachgewiesen wird.

In gleichem Sinne muß ich auch meine Aeußerung S. 230 Abs. 2 m. S. etwas zuschärfen. Ich glaube, daß jeder Rechnungsabschluß sämmtliche, der Rechnung anheimfallende Verhältnisse einer gewissen Zeit umfassend zu erledigen bestimmt ist. Nur wird der Geschäftsherr faktisch in der günstigsten Lage sich befinden, daß, wenn die Rechnung ohne

Rücksicht auf Einnahmen abgeschlossen wurde, welche als von Dritten erhoben dem Rechnungsführer nachträglich nachgewiesen werden können, die dringendste Vermuthung des Irrthums jenem zur Seite steht.

In meiner Schrift habe ich die „Saldoziehung" unter der Abrechnung (S. 225), das einfache Gutschreiben der Kaufleute unter der Rubrik „einfache Anerkennung" (S. 273) besprochen. Dermalen würde ich vielleicht vorziehen, beide unter der Rubrik „kaufmännisches Gutschreiben" als eine besondere Form des Anerkennungsvertrags zusammenzufassen; und zwar auch deshalb, weil wir darin ein Institut besitzen, welches dringend zu einer Vergleichung mit dem röm. älteren Literalcontract auffordert.

Die Nachrichten, welche wir über diesen Literalcontract haben, sind äußerst dürftig. Das Genaueste, was wir davon wissen, besteht in der Aufzeichnung des Gajus:

(Lib. III § 128.) Litteris obligatio fit veluti in nominibus transcripticiis. Fit autem nomen transcripticium duplici modo; vel a re in personam, vel a persona in personam. (§ 129.) A re in personam transcriptio fit veluti si id, quod ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. (§ 130.) A persona in personam transcriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi.

Wie dieser an die röm. codices accepti et expensi sich anknüpfende Geschäftsverkehr im Einzelnen gestaltet gewesen sein möge, darüber ist viel geschrieben worden; es wird aber wohl stets ungewiß bleiben. Gewiß ist nur, daß das von Gajus Mitgetheilte völlig adäquat demjenigen ist, was auch jetzt noch tagtäglich bei unseren Kaufleuten vorkommt. Bei

diesen dient in ganz gleicher Weise das „Gutschreiben" und „Belasten" in den Conto-Corrent-Büchern zur Feststellung und Ordnung ihrer Obligationsverhältnisse, und spielt so die Rolle eines Formalvertrags.

Betrachten wir zuerst einen Fall der **transcriptio a persona in personam**. Wenn ich bei einem Banquier in Frankfurt eine Summe gut habe, solche aber bei einem Banquier in Leipzig hinterlegt zu sehen wünsche, so ist es durchaus nicht nöthig, daß der Frankfurter das Geld baar nach Leipzig sende; es kann das Geschäft auch in folgender Weise abgemacht werden: der Frankfurter belastet mich auf meinem Conto mit der bestimmten Summe, als ob er sie wirklich baar verausgabt hätte, und schreibt solche dem Leipziger gut; der Leipziger dagegen belastet den Frankfurter mit dieser Summe und schreibt sie mir gut. Beide benachrichtigen mich, jener von der „Uebermachung", dieser von dem „Empfang" der angeordneten Summe. Damit ist die Sache abgemacht[82]).

So wie hier das Gutschreiben einer Stipulation zwischen Delegatar und Delegaten entspricht, so entspricht es, wo es einfach zwischen Schuldner und Gläubiger (**a re in personam**) vorkommt, einer **stipulatio debiti**. Der Kaufmann schreibt dem Fabrikanten: „Wir haben die übersandten Waaren empfangen, und den dafür berechneten Betrag mit — — zu ihren Gunsten notirt." Damit ist die Schuld aus dem Kaufvertrag zu einer anerkannten (formell festgestellten) Buchschuld, zu einer **pecunia certa credita** im röm. Sinne des Wortes geworden. Keinem Geschäftsmanne wird es einfallen, eine solche Schuld anders, als wegen vorgefallenen Irrthums oder einer unrichtigen Voraussetzung bestreiten zu wollen. Als

82) Bekanntlich sind die Girobanken eigens geschaffene Institute für diese Art des Rechtsverkehrs.

praktische Folge dieser formalen Feststellung muß aber anerkannt werden, daß, um auf eine solche Schuld Klage zu erheben, man nicht auf deren materielle Entstehung zurückzugehen braucht, sondern einfach auf das von Seiten des Gegners stattgehabte Gutschreiben sich beziehen darf, was so lange als Schuldgrund gelten muß, als nicht von anderer Seite dargelegt wird, daß dasselbe auf Irrthum sich gründe.

Ganz dieselbe Manipulation, wie zur Feststellung der Forderungsposten, findet statt zur formalen Feststellung der erfolgten Schulderledigungen. Eine übersandte „Baarzahlung" wird unter gegenseitiger Benachrichtigung vom Absender auf dem Debet, vom Empfänger auf dem Credit des Geschäftsfreundes notirt, und damit als eine dem Zahlenden zu Gute kommende Summe festgestellt. Im kaufmännischen Verkehr pflegen daher solutum und creditum in ihrer gegensätzlichen Beziehung zu verschwinden und in dem einheitlichen Begriff einer „a conto" geleisteten Zahlung aufzugehen.

Man könnte fragen: wozu noch die formale Feststellung der gegenseitigen Schuldverhältnisse durch alljährliche Saldoziehung, wenn schon der einfache Bucheintrag eine solche Feststellung enthält? Darauf ist zu antworten: die Saldoziehung geschieht, um periodische Uebersichten zu gewinnen, vorgekommene Irrthümer zeitig zu berichtigen, und Zinsen nicht zu lange auflaufen zu lassen.

Bei alle dem ist aber wohl zu merken, daß nicht eigentlich der Bucheintrag es ist, was das Schuldverhältniß feststellt, sondern die ausgetauschte briefliche Nachricht von solchem. Auch der Kaufmann wird nicht zweifeln, daß ein Bucheintrag, von dem er noch keine Nachricht gegeben hat, ihn nicht bindet; während umgekehrt eine über das Gutschreiben erfolgte Benachrichtigung ihn nicht weniger bindet, wenn etwa die Buchung aus Versehen unterblieben sein sollte.

Nur wird bei ordnungsmäßigem Geschäftsbetrieb jene Benachrichtigung mit dem Bucheintrag stets Hand in Hand gehen; und man fehlt daher nicht wesentlich, wenn man das Gutschreiben selbst als formellen Schuldgrund bezeichnet.

Durch die letztere Bemerkung steht vielleicht eine historische Frage zu lösen. Während die meisten Nachrichten des alt-römischen Literalcontracts in einer Weise erwähnen, als ob dieser lediglich auf den Bucheintrag sich gegründet habe, bezeichnet Theophilus in der Paraphrase zu tit. I. de lit. oblig. jenen Contract folgendermaßen:

Litterarum obligatio est vetus debitum per verba et scripta solemnia transformatum in novum creditum.

Auch führt er das, was dabei gesprochen oder geschrieben worden, sogar wörtlich in folgender Weise auf:

Centum aureos, quos mihi ex causa locationis debes, tu ex conventione et confessione litterarum tuarum dabis? worauf die Antwort erfolgte:

Ex conventione debeo litterarum mearum.

Man hat nun darüber gestritten, ob Theophilus oder die Uebrigen Recht haben [83]). Sollten aber nicht beiderlei Nachrichten sich dadurch vereinigen lassen, daß sie die verschiedene Auffassungsweise der nämlichen Sache darstellen? Auch der heutige Kaufmann wird, wenn nicht gerade Bucheintrag und Benachrichtigung aus einander gehen, leicht geneigt sein, die Buchung als die Hauptsache, die darüber ausgetauschte Nachricht aber als etwas sich von selbst Verstehendes, vielleicht nur als ein „Beweismittel" des Eintrags anzusehen; während der Jurist diese Nachricht als dasjenige erkennen muß, wodurch allein der vereinigte Willen in's Leben tritt. Die letztere streng juristische Auffassung repräsentirt nun

83) Vergl. Savigny, Verm. Schrift. 1 S. 209 flg.

vielleicht Theophilus; die erstere, mehr menschliche, könnte den übrigen Nachrichten zu Grunde liegen.

Betrachten wir nach der hier gewonnenen Anschauung nochmals das kaufmännische Geschäftsleben in seiner Gesammtheit, so werden wir finden, daß sich dasselbe fast durchweg in zwei Formalcontracten bewegt, dem Wechsel und dem Bucheintrag. Wer würde hierdurch nicht an die Doppelerscheinung erinnert, in welcher wir auch bei den Römern den Formalcontract auftreten sehen?

Die häufigste und wichtigste Form des Anerkennungsvertrags wird unter allen Umständen Schuldschein und Quittung verbleiben; und es gehört zu den eigenthümlichen Schicksalen unseres Rechtslebens, daß gerade sie von der Theorie am wenigsten beachtet und erkannt sind. In der Praxis besteht zwar eine ganze Reihe von Anschauungen, welchen unbewußt die Vertragsnatur jener Urkunden zu Grunde liegt; Erscheinungen, die ich zum Theil in § 60 m. S. zusammengestellt, auf welche einzugehen aber keiner meiner Gegner für dienlich erachtet hat. Ein volles Verständniß der Sache findet aber auch in der Praxis nicht geringe Schwierigkeit.

Als Hauptgrund hierfür glaube ich den Umstand bezeichnen zu müssen, daß man bei der vorherrschenden Formlosigkeit unseres Rechtsverkehrs den Sinn für die Form, die Körperhaftigkeit der Rechtsgeschäfte oft ganz verloren hat. Wir pflegen in Klagvorträgen Behauptungen folgender Art: „Kläger habe vom Verklagten den und den Gegenstand gekauft"; „man habe sich so und so verglichen" u. s. w. vorläufig zuzulassen, ohne auf einer nähern Substantiirung der den Rechtsbegriffen „Kauf", „Vergleich" zu Grunde

liegenden Vorgänge zu bestehen, theils weil bei mündlicher Abschließung solcher Verträge eine vollkommene Reproduction der gesprochenen Worte ohnehin nicht begehrt werden kann, theils weil man erst einmal abwarten darf, worin eigentlich der Streitpunkt liege; da, so weit die Parteien einig sind, eine nähere Substantiirung sich als überflüssig erweist. Durch jene an sich gerechtfertigte Connivenz ist nun aber vielfach die Ansicht entstanden, als ob das Rechtsverhältniß, welches einer Klage zu Grunde gelegt wird, lediglich in seiner idealen Existenz, nicht in seinem realen Existent-werden, zum Gegenstand des Streites zu machen sei. Man thut, als ob der Ausdruck: „Formlosigkeit" der Verträge wörtlich zu nehmen wäre, während er doch nur die relative Gleichgültigkeit der Form bedeutet. Irgend eine Form muß jedes Rechtsgeschäft haben; und nur in dieser Form (den gesprochenen oder geschriebenen Worten u. s. w.) gelangt er zu seiner rechtlichen Existenz. Nur diese seine Existenz aufweisende Form bildet daher auch die juristische Thatsache, welche beim Proceß in den Streit geführt wird; und es entsteht alsbald das dringendste Bedürfniß, auf diese Form in ihrer Specialität zurückzugehen, sobald z. B. gerade der vollendete Abschluß oder der nähere Inhalt eines Vertrags streitig wird [84]).

Das hier Bemerkte ist weder neu, noch eigentlich bestritten [85]). Für eine unmittelbar sich anreihende Consequenz ist

---

84) Freilich wird das oft verkannt; und in diesem Sinne bildet auch in der Praxis das „Operiren mit abstracten Begriffen" eine Calamität. Beständen die Gerichte mehr darauf, daß ihnen, statt vager Rechtsbegriffe, concrete Thatsachen gebracht werden, so könnten namentlich gar viele, überflüssige oder bedenkliche, Eide vermieden werden.

85) Vergl. Savigny, Syst. III § 130. Puchta, Pandekten §. 64. Auch v. Völderndorff, Die Form der Rechtsgeschäfte (1857).

es mir aber mitunter schwer geworden, Verständniß zu finden. Ich sage nämlich: ein und dasselbe Rechtsgeschäft kann — gleichzeitig oder nach einander — in mehreren Formen in's Leben treten. Den Römern war dies nicht fremd. Denn sie lehrten (l. 18 de. V. O.):

Qui bis idem promittit, ipso jure amplius quam semel non tenetur.

Auch uns sind einzelne Dinge der Art ganz geläufig. Niemand zweifelt, daß zwei gleichlautende Wechsel mit der Bezeichnung als Prima und Secunda (s. g. Wechselduplikate) nur einen Wechselvertrag begründen, welcher aber in zwei Formen in's Leben getreten ist. Wenn es sich dagegen um einen Vertrag handelt, welcher auch mündlich abgeschlossen werden kann, die Contrahenten haben aber über solchen eine beiderseits unterzeichnete Urkunde aufgestellt, so sagt man oftmals: „dies Letztere sei im Zweifel nur des Beweises halber geschehen, und die Urkunde sei daher nur als ein Beweismittel für den Vertrag aufzufassen." Allerdings geschah hier etwas „des Beweises halber". Aber was geschah denn des Beweises halber? Ist die Urkunde etwa nur ein Zeugniß für etwas außer ihr Liegendes, einem Denkmal an der Landstraße vergleichbar, welches besagt, es sei an dieser Stelle vor Zeiten das und das vorgegangen? Oder verhält sich nicht vielmehr ihr Inhalt, das geschriebene Wort, gerade so zum Vertragsabschluß, wie bei mündlichem Contrahiren das gesprochene? Ist sie nicht Form des Vertrags, wenn auch eine Form, die man „des Beweises halber" gewählt hat? —

Man zweifelt hieran, weil ja doch der Unterzeichnung der Urkunde eine mündliche Einigung über den Vertrag vorauszugehen pflege, welche als Vertragsabschluß aufgefaßt werden könne. Freilich pflegt der Geschäftsverkehr zwischen

zwei Contrahenten nicht mit Unterzeichnung der Urkunde zu beginnen; vielmehr geht regelmäßig eine Besprechung vorher, welche auch in gewissem Sinne als „Einigung" bezeichnet werden kann. Aber man irrt in der Bedeutung, welche man dieser Einigung für den Vertragsabschluß selbst beilegt, und zwar in doppelter Weise.

Einmal erwägt man nicht, daß eine Einigung über den Inhalt des Vertrags, wie sie bei jedem einigermaßen complicirten Geschäfte vorauszugehen pflegt, noch nicht der Vertragsabschluß selbst ist; zu diesem vielmehr das praktische Rechtsgefühl noch eine gewisse förmliche Erklärung, den Vertrag in seiner Totalität sich aneignen zu wollen, verlangt; als solche aber den Contrahenten, wenn sie anders die Aufstellung einer Urkunde über den Vertrag in Sinn haben, nur die Unterzeichnung der letzteren erscheint. Man braucht nur einmal zu beobachten, wie es bei Abschließung eines umfassenderen Vertrags (z. B. der Pacht eines Landguts, der Eingehung oder Auseinandersetzung einer Societät u. s. w.) herzugehen pflegt. Einer der Contrahenten legt ein nach mündlichen Vorbesprechungen abgefaßtes Vertragsconcept vor. Artikel auf Artikel wird durchgegangen, besprochen, verbessert und abgeändert. Ist man nun auch damit zu Ende gekommen und hat sich über sämmtliche Artikel geeinigt, so denkt doch keiner der Interessenten daran, damit den Vertrag selbst bereits abgeschlossen zu haben; vielmehr ist sich Jeder bewußt, daß erst die Unterschrift bindet; und viele Verträge zerschlagen sich gerade noch in diesem Stadium der Verhandlung [86]). — In Fällen dieser Art ist also in der That die Schrift die einzige Form, in welcher der Vertrag zur wirklichen Vollendung kommt.

---

86) Die Bestimmung in c. 17 de fide instr. beruht daher auf tief innerer Wahrheit, und sollte nie außer Acht gelassen werden.

Aber auch wo die Contrahenten das Rechtsgeschäft mündlich zu unzweifelhaftem Abschluß bringen, und daneben noch die Anfertigung einer Vertragsurkunde beschließen, ist das, was hier allerdings „des Beweises halber" geschieht, nichts Anderes als ein Abschluß des Vertrags selbst in einer zweiten Form. Ganz dasselbe könnte auch mündlich geschehen. Nachdem wir einen Kaufvertrag bereits abgeschlossen, könnten wir Zeugen herbeirufen, und vor ihnen nochmals den Abschluß des Kaufs erklären. Auch wäre es hierbei ganz einerlei, ob wir sagten: „wir kaufen und verkaufen u. s. w."; oder „wir erklären, gekauft und verkauft zu haben". Denn auch die letztere Erklärung würde einen wiederholten Ausdruck des den Kaufvertrag bildenden Willens enthalten, dessen remissive Fassung nur den Zweck hätte, die materielle Identität dieses Willens mit einem schon früher erklärten aufzuweisen. So gut, wie dem Gedächtniß von Zeugen, können wir aber auch der Treue des Papiers die wiederholte Abschließung des Vertrags anvertrauen; und dies geschieht, wenn nach mündlichem Abschluß noch eine Urkunde über den Vertrag aufgenommen wird. — Gerade dieses Verhältniß wird aber oftmals verkannt. Weil man den Vertrag nur in seiner ideal-begrifflichen Existenz, nicht in seiner realen Entstehung im Sinne hat, meint man, ein schon bestehender Vertrag könne nicht nochmals geschlossen werden[87]). Allerdings besteht in solchen Fällen das Obligationsverhältniß, als ideales Product des geeinigten Willens gedacht, nur einmal; und dies hat zur Folge, daß die Vertragsleistungen nur einmal begehrt werden können. Aber die Willenseinigung selbst hat mehrere sie

87) So sagt auch Arndts (a. a. O. S. 230): „Wird ein Kaufbrief von beiden Theilen unterzeichnet, so liegt darin eben der Vertragsabschluß, wenn nicht schon vorher der Kaufvertrag bindend abgeschlossen war."

verkörpernde Ausdrucksweisen gefunden, von denen jede für sich allein processualisch den Vertrag als bestehend erkennen läßt, auch jede den Vertragsabschluß dergestalt selbständig in sich trägt, daß sie, wenn die andere fallirt, denselben aufrecht erhält. Eine dieser Ausdrucksweisen — wo nicht die ausschließliche — ist nun jedesmal die über den Vertrag aufgenommene Urkunde, und zwar eine Ausdrucksweise, welche kraft ihrer kategorischen Natur, ihrer sich fest abschließenden Form, sowie der vollkommenen Aufweisung ihres Inhalts dergestalt überwiegt, daß jede ihr gegenüber aus mündlichen Beredungen in Anspruch genommene Abweichung nur aus dem Gesichtspunkt einer exceptio doli (l. 36 de V. O.) Geltung finden kann und der stringentesten Darlegung und Beweisführung bedarf. Die Urkunde ist die eigentliche Substantiirung des Vertrags; ihr Inhalt ist nicht Beweismittel, sondern juristische Thatsache [88]).

Bisher war von zweiseitig unterzeichneten Urkunden die Rede. In diesen tritt die Willenseinigung schon durch die doppelte Unterzeichnung dergestalt zu Tage, daß die Urkunde, wo sie auch sich befinden mag, den Vertrag als geschlossen erkennen läßt. Wenn dagegen nur ein Contrahent

88) Daher begehren Proceßordnungen mit Recht die Vorlage der Urkunden schon im s. g. ersten Verfahren. Man sollte keine Klage aus einem Vertrage zulassen, ohne daß Kläger gesagt, ob er eine mündliche oder schriftliche Vertragsschließung behaupten wolle; im letztern Falle aber auf alsbaldiger Vorlage der Urkunde bestehen. — Die Praxis aber verfährt oft gerade umgekehrt. Wenn die Parteien die Urkunden wirklich vorlegen, ihre streitigen Deductionen aus solchen aber in der Form von Behauptungen und Leugnen vorbringen, so hat man öfters, statt alsbald nach dem Inhalt der Urkunden zu entscheiden, jene Behauptungen zu Beweis gestellt, „da ja die Urkunden nur Beweismittel seien.“ Diese Verkehrtheit rächt sich dann dadurch, daß im Beweisverfahren ganz der nämliche Streit von Neuem beginnt. (Vergl. unten d. Rechtsfall I.)

die Urkunde unterzeichnet und so dieselbe dem andern in die Hände giebt, so setzt er diesen in die Lage, jederzeit durch Erklärung seines mit der Urkunde übereinstimmenden Willens (z. B. Hinzufügung seiner Unterschrift) den Vertrag zur vollendeten Erscheinung zu bringen. Dies thut aber der Besitzer der Urkunde jedenfalls auch dadurch, daß er Rechte aus solcher geltend macht. Wir gelangen so zu einer zweiten Art des Urkundenverkehrs, darin bestehend, daß nur ein Theil, und zwar derjenige, welcher Rechte übertragen will, die Urkunde unterzeichnet und sie so dem andern, welcher Rechte erwerben soll, zustellt. Eine solche Urkunde an und für sich ergiebt freilich nur eine einseitige Erklärung des Ausstellers; in den Händen des darin als berechtigt Bezeichneten aber repräsentirt sie einen vollendeten, einseitig Rechte übertragenden, Vertrag[89]).

Auch Verträge, welche für beide Theile Rechte begründen sollen, können in dieser Weise abgeschlossen werden, indem zwei Vertragsurkunden je von einem Theile unterzeichnet und dem andern übergeben werden[90]); ein Verfahren, welches bei obligatorischen Verträgen der röm. Einkleidung eines zweiseitigen Vertrages in zwei Stipulationen entspricht[91]). Mitunter wird aber auch zur Begründung eines zweiseitigen Vertrags nur von einem Theile eine Urkunde ausgestellt[92]); wo dann bis dahin, daß der andere Theil auch seinerseits den entsprechenden Verpflichtungswillen zu erkennen giebt, das Geschäft die

---

89) Diese den Vertragsabschluß herstellende Kraft des Urkundenbesitzes könnte man der stillwirkenden Leitungskraft der Erde vergleichen, welche beim elektrischen Telegraphen den Kettenschluß herstellt und das zweite Leitungsdrath ersetzt.

90) Bei manchen Vertragsverhältnissen ist diese Art der Abschließung ausschließlich üblich; z. B. beim Lehnsvertrag, wo der Lehnsherr den Lehnbrief, der Vasall den Lehnrevers und die Lehnsspecification ausstellt.

91) S. oben S. 299 und Savigny, Obl.-R. II §. 72 a. E.

Natur eines s. g. negotium claudicans hat. Vollends am Platze aber ist die einseitig ausgestellte Urkunde da, wo nur einseitig Rechte übertragen [93]) oder Verbindlichkeiten eingegangen werden sollen. Auch hier darf nicht verkannt werden, daß die Urkunde das Recht beweist, indem ihr Inhalt es begründet.

Wenn daher A im Besitz einer von mir ausgestellten Urkunde folgenden Inhalts ist:

> Da Z von A im vorigen Jahr 100 Thlr. geliehen hat, so erkläre ich diese Schuld als Selbstschuldner zu übernehmen und binnen 3 Monaten abtragen zu wollen.

so ist die hierdurch bewiesene Expromission nicht als ein über der Urkunde in der Luft schwebender Begriff zu denken; sondern der Inhalt der Urkunde ist die Expromission, wenigstens eine, und zwar die stringenteste Form derselben, welche so lange als die ausschließliche gelten muß, als nicht etwas Anderes speciell dargelegt wird.

So wie ich nun das, was ein Anderer schuldet, dem Gläubiger zahlen zu wollen mit einer der röm. Stipulation entsprechenden Wirksamkeit versprechen kann, so kann ich solches auch bezüglich dessen, was ich selbst schulde. Und so wie ein Versprechen der ersten Art in der obigen Urkunde enthalten ist, so muß ein solches der zweiten Art in folgender Urkunde gefunden werden:

---

92) So ist es allgemein üblich, daß der Dienstvertrag eines öffentlichen Dieners einseitig vom Dienstherrn (durch das Anstellungsrescript) beurkundet, vom Diener dagegen die entsprechende Verpflichtung durch den Dienstantritt übernommen wird. — Auch Vollmachten sind einseitige Beurkundungen eines Mandatsvertrags, vorzugsweise bestimmt, Dritten gegenüber solchen nachzuweisen.

93) Man braucht auch hier nicht ausschließlich an obligatorische Verträge zu denken. So z. B. pflegen Cessionen regelmäßig einseitig beurkundet zu werden.

> Da ich von A im vorigen Jahr 100 Thlr. geliehen, so erkläre ich, solche dem A schuldig zu sein und binnen 3 Monaten abtragen zu wollen.

Ganz dasselbe enthält aber auch folgende urkundliche Erklärung:

> Ich bekenne, im vorigen Jahr von A 100 Thlr., zahlbar 3 Monate a dato, dargeliehen erhalten zu haben.

Um das Wesen einer solchen über eine eigene Schuld ausgestellten Urkunde völlig zu verstehen, müssen wir in der derselben zwei Elemente unterscheiden, nämlich

1) das obligatorische, und
2) das enunciative.

Das obligatorische Element, welches in jeder Schuldurkunde als solcher, d. h. kraft des ihr inwohnenden Zweckes, ein Schuldbekenntniß abzugeben, enthalten ist, versinnlichen wir uns am besten, wenn wir jeder Schuldurkunde zur Completirung ihres Sinnes in Gedanken die Worte hinzufügen:

> und verspreche ich deshalb die Summe von — — zu bezahlen.

Dieses Zahlungsversprechen, mag es in der Urkunde einen förmlichen Ausdruck erhalten haben oder nicht, ist das wesentlichste, durchschlagende Moment der Urkunde. Indem es auf die Schuld, als eine bestehende, Bezug nimmt, giebt es sich als ein solches zu erkennen, welches für sich allein zur Begründung des Anspruchs genügen soll. Durch die Beurkundung wird also mit dem einzelnen Schuldposten ganz das nämliche vorgenommen, was durch die Abrechnung gleichzeitig mit mehreren bewirkt wird; er wird zum Summenversprechen erhoben.

Daneben hat das enunciative Element der Urkunde, die Bezeichnung des die Schuld begründenden Verhältnisses, wenn sie in der Urkunde vorkommt, auch eine gewisse, jedoch nur secundäre Bedeutung.

Zunächst für den Schuldner. Da diesem wegen objektiven Mangels der subjektiv unterstellten causa eine Anfechtung des Zahlungsversprechens zusteht, so müßte er, um diese Anfechtung geltend zu machen, zunächst darlegen, welche causa subjectiv dem Zahlungsversprechen zu Grunde liege. Diese Darlegung wird ihm erspart, wenn die Urkunde selbst die causa bezeichnet, da die so bezeichnete causa bis zum Beweis des Gegentheils als die wirklich subjektiv gewollte gilt. Der Schuldner kann also seine Anfechtung sofort auf das Nichtvorhandensein resp. die irrthümliche Unterstellung der in der Urkunde bezeichneten causa richten.

Dann aber auch für den Gläubiger. Sollte nämlich das Zahlungsversprechen aus irgend einem Grunde (z. B. wegen Minderjährigkeit des Ausstellers) unwirksam sein, so kann die Urkunde noch immer kraft der in ihr angegebenen causa als Zeugniß für den materiellen Schuldgrund, als eigentliches Beweismittel, eine gewisse Bedeutung üben. Auch wird die Angabe der causa von Bedeutung, wenn die materielle Identität der beurkundeten Forderung mit einer anderen, welche etwa der Gläubiger wider den nämlichen Schuldner noch geltend macht, in Frage steht.

Für die specifische Kraft des in der Urkunde enthaltenen Zahlungsversprechens ist aber die Angabe der causa in der Urkunde an sich gleichgültig. Auch wenn diese Angabe vorhanden ist, hört das Zahlungsversprechen nicht auf, ein von seinem Rechtsgrund abstrahirendes zu sein; denn diese Eigenschaft wird ja nicht durch die Unbekanntschaft der causa, sondern durch die Art und Weise bedingt, wie das Zahlungsversprechen zu ihr Stellung nimmt. Auch wenn jene Angabe fehlt, ist das Zahlungsversprechen um nichts weniger ein wirksames, da bei Ausstellung der Urkunde die subjektive Unterstellung eines Schuldgrunds doch niemals gefehlt haben

kann; diese subjektive Unterstellung aber bis auf Weiteres für die Wirksamkeit des Zahlungsversprechens genügt.

Die letztere Consequenz der diesseitigen Lehre — die Wirksamkeit der cautio indiscreta — ist es namentlich, was manchen Praktikern anstößig erscheint. Wie es überhaupt kein theoretisches Mißverständniß giebt, welches nicht von manchen Juristen für legislatorische Weisheit gehalten würde, so glaubt man auch in der gemeinen Lehre von der cautio indiscreta ein Präservativ wider unerlaubten Geschäftsverkehr zu besitzen, welches man sich nicht nehmen lassen möchte. Diese Fürsorge ist gewiß bei Vielen gut gemeint. Gleichwohl möchte sie in die Kategorie derjenigen polizeilichen Ueberwachungen gehören, von denen man sagt, daß dadurch die Schelme nicht gehindert, die ehrlichen Leute aber gequält werden. Auch pflegt in jener Anschauung nicht selten ein gutes Stück Büreaukratismus verborgen zu sein. Fast komisch aber will es mir scheinen, wenn hierfür das röm. Recht als Autorität in Anspruch genommen wird; denn, wie man auch die l. 25 de prob. auslegen mag, eine solche Tendenz ist ihr gewiß fremd[94]).

Wie dringend übrigens heutzutage für die Vereinfachung und Sicherung des Obligationenverkehrs der formelle Vertrag als Bedürfniß empfunden wird, davon kann folgende Beobachtung überzeugen. So wenig im Allgemeinen auch die Rechtsprechung auf die Gestaltung des Rechts im Leben selbst einen Einfluß übt, so ist doch in Kurhessen seit der Zeit, wo die Abrechnung als klagbares Rechtsgeschäft anerkannt ist, diese zu einem wahrhaft volksthümlichen Begriff geworden. Unzählige Rechtsgeschäfte des kleinen Verkehrs suchen unter

94) Bemerkenswerth ist, daß die französische Jurisprudenz schon lange vor dem Code Nap. (art. 1132) die cautio indiscr. gelten ließ. (Vergl. Merlin, Recueil alphabetique des questions de droit. II. p. 185 sq.) Darin erweist sich der praktische Sinn der Franzosen.

dem Namen „Abrechnung" Schutz zu gewinnen. Daß hierbei manche Ungebühr vorkommt, ist nicht zu verkennen. Daran ist aber gerade der Umstand Schuld, daß man die natürlichsten Befriedigungsmittel für jenes Bedürfniß, Schuldschein und Quittung, unterdrückt hat. Ja ich glaube, es würde in ganz Deutschland die allgemeine Wechselfähigkeit niemals so so sehr als Bedürfniß empfunden worden sein, wenn die Rechtssprechuug die weit mildere Form des formellen Vertrags, die Schuldurkunde, zu ihrer natürlichen Wirksamkeit hätte gelangen lassen.

Aber nicht allein für die Sicherheit, sondern auch für die Schleunigkeit der Rechtshülfe ist die moderne Auffassung des Schuldscheins von dem größten Nachtheil gewesen. Der praktische Sinn des Mittelalters, welcher die Verwandtschaft des Schuldscheins mit dem Judicat erkannte, räumte jenem eine dem Judicat ähnliche Wirksamkeit, die parata executio, ein. So bildete sich der Begriff *executivischer Urkunden*, welcher noch heutzutage in Ländern des französischen Rechts in der Art besteht, daß solche Urkunden, einem Judicat gleich, ohne Weiteres vom Huissier bis auf erhobene Einsprache vollzogen werden. Bei uns hat sich auf Grund der nämlichen Anschauung der s. g. *Executivproceß* ausgebildet. Diese Proceßart wird aber ihrer innersten Bedeutung entfremdet, wenn man sagt, es gehöre dazu eine Klage, welche urkundlich *bewiesen* sei. Nach dieser Auffassung hat man nämlich den Anspruch auf Substantiirung der Klage nach den Erfordernissen einer *materiellen* Schuldklage bemessen, und wenn dem der Inhalt der Klage oder der beigefügten Urkunde nicht entsprach, den Executivproceß zurückgewiesen. Dadurch sind dann solche Mißgeburten entstanden, wie die bei *Seuffert* (Arch. VII Nr. 252) abgedruckte Entscheidung[95]; und

95) Es wurde hier vom OAG. zu Cassel der oben S. 331 ab-

es ist ein Zustand herbeigeführt, daß ein Anwalt kaum noch eine Klage im Executivproceß anzustellen wagt. Auch dies würde sich ändern, wenn man sich bewußt würde, daß eine Executiv-Klage eine solche sei, welche urkundlich nicht bewiesen, sondern begründet werde[96]).

Daß bei Darlehnsscheinen zufolge des Rechts der exc. n. n. pec. die formale Verpflichtungskraft eine Zeit lang ruht und erst in einer zweiten Periode wieder voll in's Leben tritt, soll hier nicht wiederholt werden. Wohl aber will ich eine andere Erscheinung verfolgen, welche erkennen läßt, daß auch während jener ersten Periode im Darlehnsschein eine Verpflichtungskraft wirklich vorhanden, und nur dadurch suspendirt ist, daß die in der Urkunde bezeichnete causa im Zweifel eine Ausstellung der Urkunde mit Beziehung auf eine wirklich beabsichtigte, mit ihr gleichzeitig auszutauschende, Geldzahlung unterstellen läßt. Wird nämlich diese Unterstellung durch die Nachweisung, daß die in der Urkunde als causa bezeichnete Geldzahlung nur fingirt, in der That aber eine andere causa gemeint sei, beseitigt, so nimmt der Darlehnsschein alsbald die Kraft eines formalen Schuldversprechens, und zwar, wenn man dabei eine schon bestehende Schuld im Sinne hatte, die Natur eines Schuldscheins ex causa praecedente an. Er wird Klaggrund, dergestalt, daß der Inhaber des Scheins

---

gedruckte Schuldschein, als zur Begründung des Exec.-Processes ungeeignet, verworfen.

96) Mit bloßen Beweisurkunden, z. B. einer Correspondenz, in welcher eine Schuld noch so oft beiläufig erwähnt worden, würde daher der Executivproceß nicht zu begründen stehen. Es gehören dazu disponirende Urkunden, diese aber ohne Rücksicht auf die Vollständigkeit des Zeugnisses, welches sie über ihre causa ablegen.

von dem Beweis des objektiven Bestands der durch den Darlehnsschein anerkannten Schuld befreit ist.

Man sagt in einem solchen Falle gewöhnlich: „es sei die bestehende Schuld durch Novation in ein Darlehn verwandelt.“ Um das Unwahre dieser Ausdrucksweise aufzuklären, möchte ich zunächst die Frage stellen: könnte man wohl eine bestehende Schuld — wir wollen annehmen eine Kaufgeldschuld — statt in ein Darlehn, auch in eine Schuld aus Miethe, aus Schenkung, aus Mandat u. s. w. noviren? Jedermann wird sagen: nein. Auch wenn der Käufer eine Urkunde ausstellte, worin er das geschuldete Kaufgeld als „aus Miethe geschuldet“ bezeichnete, so wird doch Niemand vermeinen, es könne nun statt aus Kauf, aus einem Miethvertrag geklagt werden. Es beruht dies darauf, daß überhaupt eine Obligation nicht in eine andere materielle Obligation verwandelt werden kann. Es kann wohl ein materieller Vertrag durch mutuus dissensus aufgehoben und gleichzeitig statt dessen ein anderer materieller Vertrag, welcher zufällig das nämliche Object hat, eingegangen werden. Das ist aber keine Novation. Der technische Begriff von solcher ist vielmehr: „Vernichtung einer Obligation mittelst Verwandlung in eine Formal-Obligation“[96 a]). Nur das in der Formalobligation enthaltene abstracte Wollen ist fähig, die an einen bestimmten Rechtsgrund geknüpfte Obligation abzulösen. Ich kann dem Rechtsgrunde einer Obligation als Bedingung für deren processualische Geltendmachung entsagen; ich kann aber nicht willkürlich einen andern an dessen Stelle setzen[97]).

96 a) Savigny, Syst. VI S. 25. Vgl. auch Liebe, Stipulation S. 157 flg.

97) Wer daher von Novation als einem praktischen Begriffe redet, erkennt damit der Sache nach auch die Formalobligation als einen praktischen Begriff an; und die Behauptung, „Novation sei heutzutage

Wie kommt es nun aber, daß man gleichwohl eine bestehende Schuld in eine „Darlehnsschuld" verwandelt? Ist das Darlehn etwa kein materieller Vertrag?

Der Gebrauch des Darlehnsscheins in der hier fraglichen Bedeutung reicht bis in die classische röm. Zeit zurück. Ulpian sagt in l. 15 de R. C. (12, 1.):

Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam; nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, quum ex causa mandati mihi pecuniam debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta.

Erwägen wir, daß für diesen zweiten Fall Africanus, etwa zwei Menschenalter früher als Ulpian, in l. 34 pr. mandati (17, 1) die Entstehung einer pecunia credita verneint, indem er mit ächt-römischer Entrüstung ausruft: alioquin dicendum, ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse; daß selbst noch Diocletian, um eben so viel später, in c. 6 si cert. petat. (4, 2) die nämliche Ansicht abweist; betrachten wir endlich die vorsichtige Ausdrucksweise der l. 15 cit. — recipiendum est — videatur —: so können wir nicht zweifeln, in dieser letzteren einen der jüngsten Fortschritte der class. Zeit, vielleicht nur von Ulpian vertreten, vor uns zu haben. Der Weg, auf welchem Ulpian zu diesem Fortschritt gelangte, ist offenbar. In gewisse Verhältnisse, bei welchen man aus der Leistung des Einen für einen Andern unmittelbar Rechte erwachsen ließ,

ein materieller Vertrag", kann nur aus einer Ansicht hervorgehen, welche, statt des inneren Wesens, die äußere Erscheinung des röm. Formvertrags in's Auge faßt.

wollte, hatte man die Idee eines vermittelnden constitutum possessorium hineingetragen[98]). Diese Annahme hielt sich im Bereich einer, wenn auch vielleicht etwas kühnen, Interpretation, so lange noch bei der Manipulation eine reale Geldsumme eine Rolle spielte, in deren Besitze der unter dem Namen constit. poss. begriffene Besitzwechsel wirklich vor sich gehen konnte. Wenn mein Schuldner in meinem Auftrage an einen Dritten zahlt, und hierdurch ein Darlehn wider diesen als mir erworben angenommen wird, so ist hier doch in dem gezahlten Gelde ein wirkliches Object vorhanden, welches in der Hand des zahlenden Schuldners erst in mein Eigenthum verwandelt und dann als solches an den Dritten übertragen gedacht werden kann. Um ein Aehnliches für den hier fraglichen Fall (in eadem persona) anzunehmen, müßte der Schuldner eine seiner Schuld entsprechende Geldsumme auf den Tisch legen oder wenigstens real besitzen, um solche zuerst als Zahlung der Schuld (mittelst const. poss.) dem Gläubiger, und dann wieder als Darlehn (mittelst br. manu traditio) sich selbst zuzuwenden. Offenbar denkt aber Ulpian nicht daran, einen realen Geldbesitz als Erforderniß für seine Umwandlung der Schuld in ein creditum aufzustellen. Der von ihm angebahnte Fortschritt geht also in der That über das const. poss. hinaus. Es wird ein solches nicht mehr in das Geschäft hinein interpretirt, sondern fingirt; wofür als Rechtfertigung nur angeführt werden kann, daß ja auch schon jene Interpretation sachlich eine Unwahrheit sei; („quamvis meos nummos non acceperis.“)

Betrachten wir nun die Wirkungen, welche Ulpian bei jenem Fortschritt als Zweck im Auge hatte: so sind es folgende. Der Gläubiger sollte ohne Zweifel aus dem verabredeten creditum die nämliche strenge Schuldklage erhalten, wie

---

98) Vergl. Savigny, Syst. IV S. 595.

aus einem wirklich gezahlten — die condictio certi [99]). Leugnete der Verklagte die Entstehung des Creditums, so hatte der Kläger allerdings solches zu beweisen. Es mußte aber hierzu der Beweis genügen, daß dasselbe mittelst des (ideell zurückbezahlten) Schuldbetrags als ausgezahlt angenommen worden sei. Von dem wirklichen (objektiven) Bestand der früheren Schuld selbst war die Wirksamkeit dieser Uebereinkunft eben so unabhängig, als wäre wirklich die Schuld bezahlt, das gezahlte Geld aber als Darlehn zurückgegeben worden. Diese Wirkungen sind genau die nämlichen, welche sich auch an die stipulatio debiti knüpfen [100]). In Wahrheit gewährte also — wie Africanus ganz richtig fühlte — jene Annahme ein Mittel, durch nudum pactum die Wirkung einer novirenden Stipulation herbeizuführen. Die Form dieses nudum pactum wird aber regelmäßig die Ausstellung einer Urkunde gewesen sein; so wie auch bei uns jene Umwandlung kaum anders, als mittelst eines Darlehnsscheins vorkommt. Auch Africanus redet in l. 34 cit. von einer „epistola [101]) emissa, qua significaret caret certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi se debiturum.“ Der Sache nach wollte also Ulpian den über eine bestehende Schuld ausgestellten Darlehnsschein zum Formalcontract erheben.

Im heutigen Verkehr hat nun — sei es mit oder ohne Einfluß jener von Ulpian angebahnten Anschauung — die nämliche Form als Mittel zur Constituirung einer abstracten

99) Vergl. Savigny, Syst. V S. 609 flg.

100) In diesen Wirkungen liegt denn auch eine Art Verwandtschaft zwischen Darlehn und Stipulation. Man hat gesagt: die röm. Stipulation sei ein fingirtes Darlehn gewesen. Darüber läßt sich zweifeln. Wohl aber läßt sich umgekehrt sagen: ein fingirtes Darlehn ist eine Stipulation.

101) „Epistola“ bezeichnet bei den Römern öfters einen Schuldbrief. (Liebe a. a. O. S. 21.)

Geldschuld um so unabweislicher Eingang gefunden, als uns die den Römern für diesen Zweck in erster Linie zu Gebot stehende Form der Stipulation gänzlich fehlt, auch keine andere, die Sache in ihrer abstracten Natur bezeichnende, Ausdrucksweise uns geläufig ist. Dieselbe Unwahrheit, welche Ulpian benutzte, um die ausschließliche Herrschaft der Stipulationsform zu brechen, benutzen wir, um den Mangel dieser Form zu ersetzen. „Ich habe so und so viel als Darlehn empfangen" ist deshalb in unserer Urkundensprache ein ganz gewöhnlicher Ausdruck für: „ich will so und so viel Geld schuldig sein" [102]. Unzählige Beispiele liefert hierfür der tägliche Verkehr. Ein merkwürdiger Fall findet sich mitgetheilt bei Seuffert (Arch. V Nr. 127), wo ein Gesellschafter dem andern einen Darlehnsschein ausstellt lediglich zu dem Zweck, daß dieser ihn weiter cedire und den Cessionspreis als Einlage in die Gesellschaftskasse behalte. Hier wurde also durch den Darlehnsschein ein ganz neues, rein formales

---

102) Eine vollständige Zerlegung des dieser Ausdrucksweise innewohnenden Gedankens findet sich in dem Formular der Nachschußscheine, welche sich die Gothaer Feuer-Versicherungs-Bank von den Versicherten ausstellen läßt. Dasselbe lautet: „Der Verfassung der Bank zufolge habe ich in Fällen des Bedürfnisses Nachschuß bis zum vierfachen Betrage der Prämie zu leisten. Da mir jedoch nach Bestimmung des § 14 der Verfassung — nach welcher der Schuldschein

„an und für sich eine völlig liquide Schuld des Versicherten — — beweist" —

von der Bank solcher, meinerseits schuldige, 4fache Betrag der Prämie mit . . . creditirt ist, so soll dies so angesehen werden, als ob mir obige Summe von der Bank baar und unbedingt dargeliehen und meine Nachschußschuld durch Novation in eine unbedingte Darlehnsschuld verwandelt worden wäre; und ich bekenne mich hiermit schuldig, solchen Betrag der Bank auf desfallsige Bestimmung — — sofort baar zu zahlen."

So vieler Worte bedarf es also, um den so einfachen Begriff einer liquiden Geldschuld praktikabel zu machen!

Schuldverhältniß geschaffen. Häufiger noch wird ein Darlehnsschein über eine bereits bestehende Schuld ausgestellt, sei es nun von einem Dritten, welcher durch solchen in das Schuldverhältniß eintritt, sei es von dem Schuldner selbst, welcher dadurch seine Schuld erneuert. In der Bezeichnung des Schuldgrunds als „Darlehn" liegt alsdann ohne Zweifel die Absicht ausgesprochen, daß der frühere Schuldgrund beseitigt sein solle. So bildet die Ausstellung eines Darlehnsscheins bei uns eine Form der eigentlichen (s. g. privativen) Novation, und zwar für die novatio inter easdem personas (neben dem Wechsel, welcher ebenfalls zu diesem Zweck gebraucht wird,) fast die ausschließliche, dem heutigen Verkehr geläufige Form dieses Rechtsgeschäfts. Der Begriff der Novation ist aber noch immer der nämliche, wie im röm. Recht. Der Darlehnsschein ist in diesen Fällen nichts Anderes, als eine stipulatio debiti, ein abstractes Schuldversprechen, welches von dem einfachsten, analoge Wirkungen erzeugenden, materiellen Rechtsgeschäft nur den Namen erborgt. In ein wirkliches Darlehn kann eine bestehende Schuld so wenig verwandelt werden, als in irgend eine andere materielle Schuld. Mag daher des Leben mit dem Wort „Darlehn" sich helfen; die Wissenschaft sollte sich mit dem Begriff „Darlehn" nicht täuschen.

Nach dieser Ausführung wird man sich selbst sagen können, was es bedeutet, wenn öfters Inhaberobligationen dahin aufgestellt werden, „daß Inhaber ein Darlehn eingezahlt habe." Auch die Ansicht einiger Juristen, welche der cautio indiscreta mittelst der „Vermuthung für ein Darlehn" Geltung verschaffen wollen, erklärt sich aus dem Obigen. Es wird hier mit dem doppelten Begriff von „Darlehn", dem natürlichen und dem metaphysischen, ein Spiel getrieben, um dem in der cautio indiscreta ausgesprochenen Wollen der

Schuld, welches ganz und gar einer Darlehnserklärung der zweiten Art entspricht, zu Hülfe zu kommen.

Uebrigens ist in Fällen der fraglichen Art die Auffassung des Darlehnsscheins als eines an die bestehende Schuld sich unmittelbar anknüpfenden formalen Schuldversprechens nicht ohne praktische Bedeutung. Wenn eine Frau die Schuld eines Andern durch Ausstellung eines Darlehnsscheins übernimmt, so würde, wenn danach das Geld als wirklich an den Gläubiger gezahlt und von diesem wieder dargeliehen anzusehen wäre, das SCum Vellejanum, welches ja geleistete Zahlungen nicht berührt, unanwendbar sein. In diesem Sinne hat aber gewiß Ulpian seine Fiction der Hin- und Herzahlung nicht aufstellen wollen. Das SCum Vellej. muß hier ebenso anwendbar bleiben, wie das SCum Macedonianum nicht dadurch anwendbar wird, daß der Haussohn eine bestehende Schuld in der Form eines Darlehnscheins erneuert [103]). — Der Anfechtung ex SCo Vellej. steht die ob turpem causam in dieser Beziehung gleich.

Die nämliche Bedeutung, welche für die formale Begründung von Schuldverhältnissen der Darlehnsschein, übt für die formale Erledigung von solchen die auf „Baarempfang" gestellte Quittung. Auch diese urkundliche Erklärung bezeichnet nach dem geschäftsüblichen Sprachgebrauch eben so oft, wie einen wirklichen, einen nur fingirten Empfang, ein „acceptum fero", eine bloße quietatio. Die Berechtigung einer solchen formalen Erledigungserklärung erkennt die Praxis selbst an, indem sie in gewissen Rechtsverhältnissen, wo sich der Anspruch gar nicht auf eine bestimmte Summe abschließt, eine allgemeine Quittirung unter dem Namen „Decharge"

103) l. 3 § 3 de SCo Mac. 14, 6.

zuläßt. Aber auch auf diesem Gebiet läßt man sich nicht selten, statt von Begriffen, von bloßen Worten beherrschen.

Je vielfältiger nun Darlehnsschein und Empfangsquittung im Sinne rein formaler Akte zur Begründung oder Erledigung einer Schuld gebraucht werden, um so mehr erscheint es als Bedürfniß, durch zeitliche Begrenzung der exc. n. n. pec. einen Zustand herbeiführen, wo jenen Urkunden nicht mehr einfach mit dem Leugnen, die darin bezeugte Baarzahlung empfangen zu haben, zu begegnen steht. Ist hierdurch der Aussteller erst einmal auf das Gebiet der exceptio indebiti zurückgedrängt, dann wird zum Zweck einer Anfechtung der Urkunde er regelmäßig genöthigt sein, mit Angabe des Sachverhalts, welcher der Ausstellung wahrhaft zu Grunde liegt, herauszugehen, und hierdurch erst gewinnt der Inhaber der Urkunde die processualisch günstigere Lage, welche ihm durch deren Ausstellung wirklich zu Theil werden sollte.

Ich will noch zwei Mißverständnissen allgemeiner Art zu begegnen suchen, welche sich hie und da der von mir vertretenen Lehre entgegengestellt haben.

Es ist wahr, diese Lehre will für gewisse Rechtsverhältnisse eine im Allgemeinen strengere Beurtheilung herbeiführen, und zwar dadurch, daß sie da, wo man bisher nur vom Beweise materieller Rechte redete, formelle Rechte als begründet annimmt. Dieser Gegensatz genügt, um eine Voreingenommenheit bei Manchen zu erwecken, denen es ohne Weiteres löblich erscheint, für materielles Recht im Gegensatz zu formellem, für Rechtsmilde im Gegensatz zu Rechtsstrenge sich zu entscheiden. Möchte man aber doch einsehen, daß diese Begriffe überall nur einen relativen Werth haben, daß Alles auf das Maß ihrer Anwendung, auf das rechte Gleichgewicht

zwischen ihnen ankommt. Auch das formelle Recht hat sein letztes Ziel im materiellen Recht; es ist nicht bestimmt, dieses zu unterdrücken, sondern es zu schützen und zu sichern. Und diese Aufgabe erfüllt es auch, richtig verstanden und angewendet, in den hier fraglichen Verhältnissen. Man kann sich ganz fest darauf verlassen, daß, wenn man Schuldurkunden innerhalb desjenigen Umfangs, in welchem nach den für die röm. Stipulationslehre ausgebildeten Grundsätzen eine Anfechtung nicht begründet ist, unnachsichtlich wirken läßt, man in der großen Mehrzahl von Fällen das materielle Recht weit sicherer trifft, als wenn man sie lediglich als Beweismittel eines materiellen Verhältnisses auffaßt. Wer eine Urkunde ausstellt, weiß in der Regel recht gut, was er thut; und er kann sich nicht beklagen, wenn er mit einer gewissen Strenge behandelt wird. Auf die bloße Möglichkeit, daß Leichtsinn und Thorheit ihm die Feder geführt haben, kann das Recht keine ausreichende Rücksicht nehmen; nicht, als ob Leichtsinn und Thorheit Vergehen wären, welche Strafe verdienten; wohl aber deshalb, weil, wenn man sie berücksichtigen wollte, Arglist und Untreue nur die Maske der unschuldigen Thorheit anzunehmen brauchten, um Thür und Thor geöffnet zu finden. Zu diesem Gesichtspunkt muß man sich erheben, um die hier vertretene Lehre richtig zu würdigen. — Dazu kommt noch die große Beschleunigung und Sicherung, welche der Proceßgang gewinnt, wenn man die Urkunden und die an deren Ausstellung sich anknüpfenden Thatsachen sofort im s. g. ersten Verfahren zur Erörterung heranzieht, und nicht dem Spiel des Beweisverfahrens überläßt [104]).

Ein zweites Mißverständniß geht dahin, als ob das von

104) Einen Beleg hierfür giebt der unten mitzutheilende Rechtsfall I.

mir Gelehrte nicht bestehendes Recht, sondern ein Vorschlag de lege ferenda sei; in ähnlichem Sinne, wie man wohl die Frage gestellt hat, ob man die röm. Stipulation wieder einführen solle. Wer das vermeint, handelt ganz recht, wenn er der Lehre widerstrebt. Ich behaupte aber, dieselbe ist unser bestehendes Recht, welches nur bisher nicht richtig erkannt ist. Allerdings gründet sich diese Behauptung auf die für Manche unfaßbare Ansicht, daß das Recht in seinen Grundlagen ein von den Theorieen der Juristen unabhängiges Dasein im Volksleben selbst habe [105]).

Die Hauptfrage, um die es sich handelt, ist die: enthält die Hingabe und Annahme einer Schuldurkunde wirklich eine Willenseinigung, einen Vertrag, oder nicht? Diese Frage ist von der Frage, ob zweimal zwei vier oder fünf mache, gewiß darin sehr verschieden, daß sie weit schwerer, als letztere, zu beantworten ist. Darin aber stehen beide Fragen sich völlig gleich, daß von den darin aufgestellten Alternativen nur eine richtig sein kann. Gesetzt, meine Ansicht, welche die Vertragsnatur der Urkunde bejaht, wäre die unrichtige, ein Gesetz aber adoptirte dieselbe und erklärte den Schuldschein für einen Vertrag: würde denn dieser dadurch wirklich zum Vertrage werden? Nimmermehr! Die Urkunden würden in keinem anderen Sinne, als bisher, gegeben und genommen werden. Und deshalb würde jenes Gesetz, so oft es auch zur Anwendung käme,

105) Am klarsten wird uns das werden, wenn wir uns mit unsern veränderten Anschauungen der Vergangenheit gegenüber stellen. Vor einigen Jahrhunderten lehrten die Juristen den Satz: nudum pactum obligationem non parit, als einen noch immer gültigen. Glaubt man nun deshalb, derselbe sei jemals wirkliches Recht in Deutschland gewesen? — In ähnlicher Weise sind manche Rechtsinstitute, welche jetzt das „deutsche Privatrecht" behandelt, Jahrhunderte lang von den Juristen ignorirt worden, ohne daß jemals ihre Existenz im Leben selbst aufgehört hätte.

immer ein unrichtiges, der Wahrheit zuwiderlaufendes Facit geben. — Ganz dasselbe muß aber auch für den umgekehrten Fall gelten. Ist meine Ansicht richtig, so könnte selbst ein Gesetz, welches im bewußten Gegensatz zu derselben die Schuldurkunde nur als Beweismittel bezeichnete, deren Vertragsnatur wohl gewaltsam unterdrücken — so wie sie ja auch durch den röm. Satz: nudum pactum etc. unterdrückt war — aber nicht beseitigen. Steht hier also selbst das Gesetz der Natur der Verhältnisse ohnmächtig gegenüber, so kann noch viel weniger eine s. g. Praxis etwas daran ändern. Mag noch so oft ausgesprochen sein, eine Urkunde sei nur „Beweismittel": ein die Gerichte bindender Ausspruch liegt hierin um so weniger, als die Praxis durch jenen Ausspruch den von ihr nicht minder anerkannten Satz: „daß jeder Vertrag ohne Rücksicht auf Form Rechte erzeuge", in keiner Weise hat beschränken wollen, auch bei jener Bezeichnung in der That nur im Sinne gehabt hat, daß die Urkunde nicht unbedingt Rechte erzeuge, vielmehr „einem Gegenbeweis", d. h. richtiger ausgedrückt einer Anfechtung, unterliege[105a]). Mit einem Wort, die Bezeichnung der Urkunde als eines Beweismittels ist ein unrichtiger Namen, den man der Sache gegeben hat, weil man den klaren theoretischen Begriff des formellen Vertrags nicht hatte, während sich gleichzeitig durch Hunderte von Erscheinungen belegen läßt, daß dieser Begriff im praktischen Bewußtsein der Gerichte selbst mehr oder weniger lebendig war.

Wer aber diesen Begriff sich klar zu machen versteht, dem glaube ich nicht allein im Bereiche der obligatorischen Verträge, sondern zugleich für ein weit umfassenderes Rechtsgebiet einen reichen Gewinn richtiger Erkenntniß zusichern zu können. Man kann sich das Vorkommen von Rechtsakten (z. B. testamentarischer Anordnungen, Cessionserklärungen u.

105a) Vergl. auch Puchta, Vorles. § 16.

s. w.), welche sich materiell mit anderweit begründeten Rechten identifiziren und demnach nur eine formelle Natur haben, kaum häufig genug denken. Ja es giebt selbst moderne Rechtsinstitute, welche nur auf Grundlage jenes Gegensatzes richtig zu verstehen und auszubilden sind [106]).

Zur Veranschaulichung des Gesagten will ich nun noch einige Rechtsfälle mittheilen. Ich wähle hierzu vorzugsweise solche, die zugleich die Abwege zeigen, zu welchen die von mir bekämpften Ansichten führen.

I. G. hatte im standesherrlich J'schen Walde für 3600 fl. Holz käuflich erhalten. Die Standesherrschaft klagte hierauf wider R. aus einer von diesem wegen des Kaufpreises für G. übernommenen „Bürgschaft", und legte zugleich einen von R. unterzeichneten Bürgschein vor; ein gedrucktes Formular, worin nur Namen des Hauptschuldners, Datum und Schuldsumme (3600 fl.) schriftlich ausgefüllt waren.

---

106) Ich habe hier namentlich die neuere Gestaltung des Währschaftswesens im Auge. Eine vollkommene Entwickelung desselben drängt zu der Annahme, daß der Grundbuch-Eintrag Jemandes als Eigenthümers demselben in gewissem Sinne ein wirkliches Recht, ein Eigenthum, an dem Grundstück gebe. Nur kann dieses nicht so weit führen, daß, wo der Eintrag mit Unrecht erfolgt ist, eine Ausgleichung dieses Unrechts unbedingt ausgeschlossen wäre. Dieses Verhältniß wird aber, wie ich glaube, nur klar, wenn man sagt: der Eintrag gewährt ein formelles Eigenthum, anfechtbar in gewissem Maße vom Standpunkt des materiellen Eigenthums; das Maß dieser Anfechtung aber begrenzt sich durch den dem bona-fide-Erwerb zu verleihenden Schutz. — Zur Durchführung ist dieser Gedanken in Sachsen gekommen, wo das durch den Eintrag begründete formelle Recht „bürgerliches Eigenthum", das materielle „natürliches Eigenthum" genannt wird. Auch dem Preußischen Landrecht liegt der nämliche Gedanke zu Grunde, ist dort aber unklar ausgedrückt, und hat deshalb in der Praxis nicht volles Verständniß gefunden. (Vergl. Plathner, Die Grundzüge der preuß. Hypoth.-Verfassung 1856.)

Verklagter leugnete den „Abschluß des Bürgschaftsvertrags", indem er bemerkte: G. habe ihm gesagt, er habe im klägerischen Walde Holz gekauft, und er, N., möge ihm für den Kaufpreis von einigen hundert Gulden Bürgschaft leisten. Darauf habe er das von N. ihm vorgelegte leere Formular unterschrieben; diese Urkunde sei dann in die Hände der Gegenseite gelangt und da erst ohne sein Wissen und Wollen ausgefüllt worden. Es fehle daher an dem beiderseitigen Consense und sei ein Vertrag nicht zu Stande gekommen.

Das Amt legte hierauf dem Kläger den Beweis auf, „daß zwischen ihm und dem Verklagten ein Bürgschaftsvertrag des behaupteten Inhalts abgeschlossen sei." Kläger trat diesen Beweis durch die Urkunde an, gegen welche Verklagter wieder den nämlichen Einwand, daß das darin Geschriebene ohne seinen Willen von fremder Hand zugefügt sei, vorbrachte, ohne jedoch darüber sofort Beweis anzutreten. Das Amt erließ nun eine nachträgliche Beweisauflage an den Verklagten über jenen Einwand. Nach beendeten Beweisverhandlungen erklärte das Amt den Beweis des Bürgschaftsabschlusses selbst durch die Urkunde (worin es nur eine einseitige Erklärung erblickte) nicht für erbracht; und erkannte auf den vom Verklagten angenommenen Schiedseid darüber: „daß ihn Kläger nicht alsbald benachrichtigt, daß er das durch die Urkunde geleistete Bürgschaftsversprechen acceptirt habe." Für den Fall der Verweigerung dieses Eides aber sollte Kläger den von ihm angenommenen Schiedseid darüber schwören: „daß die Urkunde nicht wider Wissen und Willen des Verklagten ausgefüllt sei."

Nunmehr appellirte Kläger an das OGericht, und es erfolgte hier eine alsbaldige Verurtheilung des Verklagten, und zwar aus folgenden Gründen:

Nach der eigenen Erklärung des Verklagten steht fest, daß er

die Bürgschaftsurkunde mit seinem Namen unterzeichnet hat, um sich für den Kaufpreis von Holz, welches G. kurz vorher aus dem klägerischen Walde angekauft, zu verbürgen. Indem G. den Verklagten zur Ausstellung des Bürgscheins veranlaßte, handelte er in offenbarer Vertretung des Klägers als Holzverkäufers, welchem diese Bürgschaft geleistet werden sollte. Dadurch aber, daß sodann vom Kläger die Bürgschaftsurkunde, wie schon aus deren Besitz zu entnehmen ist, angenommen wurde, genehmigte derselbe die von G. erwirkte Bürgschaft. Der Besitz der Urkunde auf Seiten des Klägers, welchen Verklagter nicht als wider sein Wissen und Wollen erlangt darzulegen vermocht hat, repräsentirt hiernach die Annahme des Bürgschaftsversprechens, und läßt den Bürgschaftsvertrag als vollendet erscheinen.

Die Behauptung des Verklagten, daß das Formular des Bürgscheins ohne sein Wissen und Wollen ausgefüllt sei, ist in Betreff des darin bezeichneten Rechtsgeschäfts, sowie der Person des Hauptschuldners schon deshalb unerheblich, weil die Ausfüllung in dieser Beziehung gerade in demjenigen Sinne erfolgt ist, in welchem Verklagter zugestandenermaßen den Schein unterschrieben hat. Die Behauptung aber, daß die Summe von 3600 fl. wider Wissen und Willen des Verklagten in den Bürgschein eingetragen sei, kann jedenfalls wegen mangelnden Beweises nicht beachtet werden. Denn da Kläger zur Darlegung des ihm zu Beweis gestellten Bürgschaftsvertrags auf die Urkunde sich berufen hatte, bei dieser aber die processualische Vermuthung dafür streitet, daß der Verklagte nicht ohne Ausfüllung des Geldbetrags unterzeichnet habe, so hätte Verklagter seine Behauptung, daß solcher wider seinen Willen eingezeichnet sei, als Beweiseinrede wider die Urkunde spätestens mit der Erklärung auf die klägerische Beweisantretung vorbringen und darüber alsbald Beweis antreten müssen, ohne daß ihm durch die proceßwidrige nachträgliche Beweisauflage des Amtes hierzu Gelegenheit gegeben werden konnte. Jenes ist nicht geschehen, und es ist deshalb jene Behauptung nicht zu beachten.

Auf weitere Berufung des Verklagten bestätigte das OAGericht diese Entscheidung:

In Erwägung,

daß Verklagter die Entscheidungsgründe des OGBescheids im Wesentlichen zu widerlegen nicht vermocht hat,

daß insbesondre bei der klagenderseits dem Käufer des Holzes gemachten Bedingung, einen zahlungsfähigen Bürgen zu stellen, die Erklärung des Dritten dem Käufer gegenüber, sich dieserhalb verbürgen zu wollen, den Käufer zugleich im Interesse des Verkäufers handelnd erscheinen läßt, und mithin ein Vertragsverhältniß zwischen dem Dritten als Bürgen und dem Verkäufer begründet, dessen Wirksamkeit auch gegen letztern nur noch von dessen Genehmigung abhing, ohne daß es einer weiteren Mittheilung hierüber an den Dritten bedurfte,

daß aber die Genehmigung der Bürgschaftsübernahme in der Annahme des Bürgscheins, verbunden mit der Gestattung der Holzabfuhr, zu finden war;

daß auch die Einwendungen gegen die Beweiskraft des als Beweismittel in Bezug genommenen Bürgscheins nur in dem Gegenbeweisverfahren zur Geltung gebracht werden konnten.

Dieser Rechtsfall[107]) weist den in der Uebertragung der Urkunde liegenden Vertragsabschluß um so schärfer auf, als hier Ausstellung und Annahme des Bürgscheins die einzigen Berührungspunkte zwischen Kläger und Verklagtem abgaben. Eine Verkennung der Bedeutung dieser Momente führte bei dem Gericht erster Instanz zu der unrichtigen Ansicht, daß neben dem Besitz der Urkunde auch noch eine besondere Acceptation des Bürgschaftsversprechens bewiesen werden müsse. Dieser Fehler wurde in höherer Instanz beseitigt. Ein zweiter Fehler aber ließ sich nicht wieder gut machen. Das Amt hätte nämlich alsbald auf die ersten Verhandlungen erwägen sollen, daß in der producirten Urkunde (deren Unterschrift als ächt feststand) der Vertragsabschluß sich präsumtiv als vollendet darstelle; und daß daher das Bestreiten des Bürgschaftsabschlusses von Seiten des Verklagten in der That nur auf processualische Einreden hinaus laufe. Diese Er-

107) Isenburg-Büdingen c. Nickel 1855. (Noch ausführlicher mitgetheilt in Heuser, Annalen Bd. II S. 732.)

wägung hätte dahin führen müssen, statt dem Kläger den Rechtsbegriff des Bürgschaftsabschlusses, dem Verklagten die Thatsachen, welche er zur Beseitigung der Wirksamkeit der Urkunde vorbrachte, also namentlich die Ausfüllung der Schuldsumme wider sein Wissen und Wollen [108]), zu Beweis zu stellen. Wäre so verfahren, dann würde der Verklagte nicht haben zweifeln können, daß ihm der Beweis jenes Einwands selbständig obliege; während, so wie die Sache liegt, die unterlassene Beweisantretung, welche die Verwerfung des Einwands zur Folge hatte, vielleicht lediglich auf der mangelhaften Einsicht seines Anwalts beruhte. Das Amt entzog also durch seine auf den Bürgschaftsabschluß im Allgemeinen gerichtete Beweisauflage dem Verklagten die Wohlthat, welche durch Specialisirung der Beweissätze den Parteien zu Theil werden soll.

II. Kläger S. befand sich im Besitze eines vom Verklagten T. ausgestellten Scheines, worin dieser „ein Darlehn von 346 Thlr. 10 Ngr. von S. empfangen zu haben und mit 5 Procent zu verzinsen zu wollen" einbekannt hatte. Unter Vorlage dieses Scheines klagte S. die gedachte Schuldsumme wider T. ein, und fügte noch hinzu: er, Kläger, habe dem Schwager des Verklagten, N., ein Gutsinventar für 346 Thlr. 10 Ngr. verkauft; diese Schuld habe Verklagter übernommen und sei man dabei übereingekommen, daß dieselbe als ein Darlehn angesehen werden solle.

Der Verklagte, welcher die Ausstellung des Scheines nicht bestritt, behauptete, der Sachverhalt sei anders gewesen. Er habe sich nämlich zur Uebernahme jener Schuld des N. nur unter der Bedingung bereit erklärt, daß die Inventar-

108) Ich unterstelle hier diesen Einwand als genügend thatsächlich begründet, was sich freilich nach dem Obigen bezweifeln läßt.

stücke an ihn selbst überliefert würden; diese Bedingung habe S. nicht erfüllt, habe vielmehr an N. überliefert. — Vom Kläger wurde dieser Vorbehalt geleugnet.

Das Untergericht verurtheilte hierauf ohne Weiteres den Verklagten, „weil er durch Ausstellung des Schuldscheins auf die seiner Bürgschaft beigefügte Bedingung verzichtet habe."

Beim OGericht, an welches T. appellirte, wurde vom Referenten die Ansicht geltend gemacht, daß T. durch die Behauptung, nur bedingt die Schuldübernahme bewirkt zu haben, den Klaggrund geleugnet habe, solcher mithin vom Kläger zu beweisen sei. Demgemäß müsse diesem zu Beweis gestellt werden:

„daß ihm T. sich für den Kaufpreis von ..... als Selbstschuldner verbürgt, und er mit demselben die Uebereinkunft getroffen habe, daß diese Schuld als ein Darlehn angesehen und mit 5 Procent verzinst werden solle."

Dabei wurde im Voraus bemerkt: „die vorgelegte Urkunde könne schon ihrem Inhalte nach nicht für genügend gehalten werden, diesen Beweis zu erbringen, da aus solcher der in der Klage dargestellte Hergang nicht erkennbar sei."

Die Majorität des Collegs glaubte jedoch alsbald auf die Uebernahme der Schuld, wie sie sich in dem Schuldschein selbst als enthalten darstellte, eingehen zu müssen; und es wurde folgendermaßen entschieden:

Durch den vorgelegten Schuldschein hat Verklagter die hier fragliche Schuld als eine unbedingte, vollendete, übernommen. Ist nun auch hierdurch nicht ausgeschlossen, daß zufolge der dem Schuldschein zu Grunde liegenden Verabredung eine Ueberlieferung des Inventars nicht an N., sondern an T. habe geschehen sollen, und daß demnach der gedachte Schein stillschweigend an die Voraussetzung der Erfüllung dieser Verabredung gebunden worden sei: so stellt sich doch dieses Vorbringen der im Schuldschein zu Tage tretenden unbedingten Schuldübernahme gegenüber als Einrede dar, welche der Verklagte

zu erweisen hat. Demnach wird dem Verklagten zu beweisen auferlegt:

daß der Ausstellung des Schuldscheins der von ihm gestellte Vorbehalt zu Grunde liege, daß das erkaufte Inventar nur an ihn selbst, nicht an R. überliefert werden solle.

Auf erfolgte Oberberufung erklärte auch das OAGericht: „daß dem T. der Beweis der von ihm in Beziehung auf die anerkannte Schuldurkunde behaupteten Nebenverabredung mit Recht auferlegt sei.“

Dieser Fall [109]) wird namentlich dadurch interessant, daß sich in dem Erkenntniß erster Instanz eine übertriebene, in der Ansicht des Referenten beim OGericht eine zu geringe Ansicht von dem Werthe des Darlehnsscheins geltend machte; während die Entscheidung der beiden höheren Instanzen, den dahier vertheidigten Grundsätzen entsprechend, zwischen beiden die Mitte hält. Derselben lag eben die Annahme zu Grunde, daß der Darlehnsschein, von welchem es hier durch die Verhandlung feststand, daß er gar nicht mit Beziehung auf eine wirkliche Geldzahlung ausgestellt war, nicht ein Beweismittel, sondern ein abstractes Schuldversprechen sei, dessen unbedingte Form eine jede auf Modification seiner Wirksamkeit hinzielende Behauptung als Einrede erscheinen lasse.

III. Ganz ähnliche Grundsätze kamen in folgendem Falle bezüglich einer ausgestellten Quittung in Anwendung.

Einer unbestritten begründeten Klagforderung von 50 Thlrn. setzte Verklagter die Einrede der „Zahlung“ entgegen und legte zugleich eine gerichtlich beglaubigte Quittung vor, worin Kläger den Baarempfang der Forderung einbekannt hatte. In der Replik leugnete Kläger die Zahlung, und gab als Veranlassung der ausgestellten Quittung Folgendes an. Er habe

109) Siebert c. Trieschmann 1857.

mit Rücksicht auf eine damals wider ihn anhängige Untersuchung sich bereit erklärt, dem Verklagten 50 Thlr. zu schenken, wenn er ohne Strafe abkomme. Verklagter habe hierauf gesagt: „dann möge er ihm jene Forderung quittiren; käme Kläger nicht frei, dann würde er noch zahlen.“ Demgemäß sei die Quittung von ihm ausgestellt worden. Nun sei aber Kläger nicht freigekommen, sondern verurtheilt. — Dies Alles leugnete Verklagter in der Duplik, und suchte die geschehene Zahlung noch näher durch die Angabe zu substantiiren, daß der Anwalt H. dieselbe für ihn geleistet habe.

Das Justizamt legte dem Verklagten den Beweis der „Zahlung“ auf. Dieser Beweis ward durch die Quittung und eventuell durch Eideszuschiebung angetreten. Die wiederholten Einwendungen gegen die Quittung beurtheilte das Amt aus dem Gesichtspunkt der exc. n. n. pec., und gelangte hiernach zu folgenden Eidesauflagen:

1. für den Verklagten,

   a. daß er nicht wisse und nicht glaube, daß die 50 Thlr. durch Anwalt H. nicht gezahlt seien,

und

   b. daß bei Ausstellung der Quittung nicht der vom Kläger behauptete Vorbehalt gemacht sei,

für den Fall der Verweigerung dieser Eide aber

2. für den Kläger:

   über die Negative der geleisteten Baarzahlung.

Auf erhobene Berufung gab das OGericht folgende Entscheidung:

Verklagter hat dem an und für sich als begründet zugegebenen Klaganspruch die Einrede der Quittirung [110]) entgegengesetzt.

110) Die „exceptio quietationis“ kommt bei den Praktikern früherer Jahrhunderte sehr häufig vor; vgl. z. B. Berlich. Decis. aureae Dec. 71, wo die Ueberschrift lautet: de exceptione liberationis seu quietationis tutorum vel curatorum etc.

Diese Einrede ist begründet, da die ertheilte Quittung an und für sich einen Liberationsakt bildet, welcher, jedenfalls nachdem die Quittung das Alter von 30 Tagen überschritten hat, so lange den Verklagten befreit, als Kläger nicht den Mangel des der beurkundeten Liberation zu Grunde liegenden materiellen Verhältnisses darthut. Die Frage, welches materielle Verhältniß nach Absicht der Betheiligten der Quittung habe zur Grundlage dienen sollen, hat Kläger selbst durch seine Angaben in der Replik dahin beantwortet, daß er die Quittung in Vollziehung eines dem Verklagten ertheilten Versprechens, demselben für den Fall seiner Freisprechung 50 Thlr. geben zu wollen, ausgestellt habe, dergestalt, daß für den Fall der Nicht-Freisprechung gleichwohl Verklagter noch die quittirten 50 Thlr. bezahlen solle. Da nun aber Kläger die fragliche Schuld unbedingt quittirt hat, so nimmt der von ihm behauptete Vorbehalt den Charakter einer Resolutiv-Bedingung an, welche ihm, dem Kläger, zu beweisen obliegt. Der deshalbige Beweis ist jedoch durch den im unterrichterlichen Beweisbeschluß nachgelassenen Gegenbeweis genügend instruirt.

Nur für den Fall, daß dieser Beweis der Quittung gegenüber erbracht werden sollte, würde es noch auf die vom Verklagten ebenwohl behauptete reelle Zahlung ankommen; für welche alsdann auch die Quittung als materielles Beweismittel nicht weiter in Betracht kommen könnte.

Hiernach sind nur die unter 1. b und 2 des angefochtenen Bescheids auferlegten Eide aufrecht zu erhalten.

An die höchste Instanz ist die Sache[111]) nicht gelangt.

In beiden vorstehend mitgetheilten Fällen war die Entscheidung wesentlich dadurch erleichtert, daß die Aussteller der Urkunden selbst zugestanden, solche gar nicht mit Beziehung auf einen erwarteten Baarempfang ausgestellt zu haben. Oftmals ist das aber gerade Gegenstand des Streits. In diesem Falle erweist sich die Theorie, welche in solchen Urkunden nur ein Beweismittel der in ihnen bezeugten Baarzahlung erblickt und dieser gegenüber unbegrenzten Gegen-

111) Birnbaum c. Hof 1857.

beweis zuläßt, wahrhaft verderblich. Und sie würde das noch mehr thun, wenn nicht die Praxis auch hier wieder, wie überall, wo sie mit unwahren Theorieen operirt, durch Inconsequenzen der Sache oftmals die Spitze abzubrechen wüßte. Hierfür noch einige Beispiele.

IV. Die R.schen Erben klagen gegen E. auf Grund eines vom 12. Oktbr. 1817 datirten Handscheins ein Darlehn von 330 Thlr. ein. Der Verklagte opponirt die Einrede des nicht gezahlten Geldes. Den Klägern wird zu Beweis gestellt, „daß ihr Erblasser dem Verklagten am 12. Oktbr. 1817 ein Darlehn von 330 Thlr. gegeben habe." Kläger treten diesen Beweis durch die Schuldurkunde an, und legen zugleich einen Brief des Verklagten von dem nämlichen Datum vor, worin dieser den R. ersucht, ihm „gegen den beikommenden Schuldschein" 330 Thlr. zu leihen. Der Verklagte bestreitet wiederholt den Empfang des Geldes, ohne jedoch seinerseits Beweis über den Nicht-Empfang anzutreten. Nunmehr erkennt das JAmt den Schuldschein durch den vorgelegten Brief für widerlegt, und erkennt auf den eventuell zugeschobenen und vom Verklagten angenommenen Schiedseid darüber, daß er ein Darlehn nicht empfangen habe.

Das OGericht, an welches Kläger appellirt, reformirt dagegen:

In Erwägung,

daß aus dem Inhalte des vorgelegten Briefs ein Gegenbeweis wider den durch den fraglichen Schuldschein vermöge seines Alters vollständig erbrachten Beweis nicht entnommen werden kann, indem durch solchen nur so viel erwiesen wird, daß das hier eingeklagte Darlehn zu der Zeit, wo der Schuldschein geschrieben, noch nicht ausgezahlt worden,

daß hiernach der Beweis des Klägers durch den Schuldschein vollständig erbracht ist:

wird der Verklagte zur Zahlung des Darlehns von . . . . schuldig erkannt.

Das OAGericht aber bestätigt diese Entscheidung:

In Erwägung,

daß, wenn auch eine Vergleichung des vorgelegten Briefs mit dem producirten Schuldschein darauf hinweist, daß zur Zeit der Ausstellung des letztern ein Darlehnsvertrag nicht bestanden, doch diesem Umstande Erheblichkeit nicht beizulegen steht,

indem häufig die Aushändigung der Schuldurkunde der Numeration des Geldes vorherzugehen pflegt, und gerade hierin der gesetzliche Grund liegt, daß dergleichen Bekenntnisse erst nach Ablauf einer gewissen Zeit zum Beweise benutzt werden können[112]).

Man nahm also hier den „Beweis" einer nachträglichen Darlehnszahlung durch die Urkunde für geführt an. Würde man wohl auch, wenn zwei Zeugen die Darlehnsauszahlung als am 12. Okt. 1817 erfolgt bezeugt hätten, diese Thatsache aber durch Gegenbeweis widerlegt wäre, gleichwohl aus jenen Zeugenaussagen auf eine mindestens nachträgliche Geldzahlung geschlossen haben? Und worin liegt wohl der Unterschied?

V. Auf den Grund einer gerichtlichen Schuld- und Pfandverschreibung vom 21. Novemb. 1852, worin der Aussteller den Empfang eines Darlehns von 1350 Thlr. einbekannt hatte, brachte Kläger S. das Grundvermögen seines Schuldners zum Zwangsverkauf. In diesem Verfahren wurde dem Kläger die Auszahlung des Darlehns bestritten. Kläger gab nach, daß allerdings er selbst nur 410 Thlr. dem Verklagten gezahlt, den Rest der 1350 Thlr. aber sein Schwager, Polizei-Commissar K., vorgeschossen habe. Das UGericht erklärte hierauf die Klage, soweit sie 410 Thlr. übersteige, sofort für abfällig, und erkannte nur auf Beweis und Eid über die Darleihung von 410 Thlr. Eine hiergegen gerichtete Berufung wurde vom OGericht als unbegründet zurückgewiesen. Auf weitere Berufung des Klägers erklärte dagegen das OAGe-

---

112) Eschstruth c. Landefeld 1846.

richt jene Beschränkung der Beweisauflage für den Kläger verletzend, und erkannte auf neuen Beweis:

In Erwägung,

daß in der Erklärung des Klägers eine Zurücknahme der früheren Behauptung, hinsichtlich der ganzen Summe von 1350 Thlrn. Darlehnsgläubiger geworden zu sein, und damit der angestellten Klage nur dann zu finden sein würde, wenn mit der letzteren jene spätere Erklärung in unvereinbarem Widerspruch stände,

dies aber keineswegs der Fall ist, da das Anführen, K. habe von den 1350 Thlrn. den Rest vorgeschossen, vielmehr dahin zu verstehen war, daß entweder K. dem Kläger die betreffende Summe, um sie dem Verklagten zu leihen, vorgeschossen, oder (wie Kläger jetzt bestimmter erläutert hat) daß zwar zunächst von K. dem Verklagten jener Betrag als Darlehn ausgezahlt, jedoch unter ihnen Dreien vor Errichtung der Schuldverschreibung vereinbart worden sei, wie nunmehr Kläger auch hinsichtlich der von K. gezahlten Summe die Rolle als Darlehnsgläubiger einnehmen und seinerseits für diesen Betrag dem K. haften solle;

welcher Hergang die angestellte Darlehns-Klage auch hinsichtlich der von K. gezahlten Summe nicht ausschließen würde,

wird dem Kläger zu beweisen auferlegt:

daß und welchergestalt dem Verklagten das in der Schuldverschreibung erwähnte Darlehn von 1350 Thlrn. ausgezahlt worden sei;

und für den Fall, daß Kläger zu diesem Beweis der angeführten Urkunde sich bedienen würde, dem Gegner der Beweis dahin nachgelassen:

daß der Verklagte die 1350 Thlr., über deren Empfang die Urkunde ausgestellt, nicht empfangen habe.

Kläger machte nun über die Grundlagen der Obligation noch nähere Angaben, wonach deren Betrag aus einer Reihe von Posten, Darlehn, aufgelaufenen Zinsen, Auslagen u. s. w., die theils der Kläger selbst, theils K. an den Verklagten zu fordern gehabt, sich berechnet habe. Den Beweis selbst trat er an durch die Schuldverschreibung, eventuell durch

noch andere Beweismittel zu den einzelnen Posten. Darauf erkannte das OAGericht:

In Erwägung,

daß die zunächst als Beweismittel benutzte Schuldverschreibung sowohl vermöge ihres Alters und ihrer Form als einer öffentlichen Urkunde, als auch ihrem Inhalte nach jenen Beweis an sich vollständig herzustellen geeignet erscheint,

indem insbesondere in letzter Beziehung das darin dem Kläger als Gläubiger gegenüber abgelegte Bekenntniß, ein Darlehn von 1350 Thlrn. empfangen zu haben, überhaupt die Existenz einer Darlehnsverbindlichkeit des Ausstellers der Urkunde im Verhältnisse zum Kläger zu dem angegebenen Betrage in Gewißheit setzt;

die rechtlichen Wirkungen einer solchen Verbindlichkeit aber dadurch keine Beeinträchtigung erleiden, daß, wie Kläger selbst anführt, in der betreffenden Darlehnssumme außer den von ihm selbst zu verschiedenen Zeiten dem Schuldner geleisteten baaren Vorschüssen, in Uebereinstimmung des Gläubigers und Schuldners auf ihn übertragene Darlehnsforderungen eines Dritten, des Polizei-Commissars K., sowie rückständige, beziehungsweise vom Kläger im Auftrage des Schuldners an . . . . gezahlte Zinsen begriffen sind,

da auch insoweit, als der geltend gemachten Darlehnsforderung die behauptete Delegation und die Umwandlung anderer Schuldigkeiten in Darlehn zu Grunde liegt, Kläger als Darlehnsgläubiger im rechtlichen Sinne anzusehen ist;

daß es hiernach auf die sonstigen Beweismittel des Klägers nicht weiter ankommt;

daß sodann die Gegner zum Beweise der gegen die Schuldurkunde gerichteten Einrede des nicht gezahlten Geldes in zulässiger Weise des Schiedseids sich bedient haben, welcher vom Kläger angenommen und in einer seinen Angaben entsprechenden affirmativen Fassung auszuschwören ist;

wird dem Kläger zu beschwören auferlegt:

daß dem Verklagten die in der Schuldverschreibung gedachten 1350 Thlr. auf die in der Beweisantretungsschrift angegebene Weise von ihm selbst, beziehungsweise, so viel er wisse und glaube, vom Polizei-Commissar K. wirklich gewährt worden seien.

In dem Termin, wo Kläger diesen Eid leisten sollte, erklärte er seine Angaben über die Begründung der Schuld noch in mehreren Beziehungen für unrichtig, und bat nach Maßgabe weiterer von ihm gemachter Erläuterungen den Eid ihn ableisten zu lassen. Der Gegner bestritt dies als unzulässig. Das OAGericht erkannte:

In Erwägung,

daß die Erklärung des Klägers, wonach in das von ihm aufgeführte Darlehn der 410 Thlr. die näher bezeichnete, seiner Ehefrau zustehende Forderung von 100 Thlrn. mit deren Genehmigung mit aufgenommen worden sei, ein Hinderniß für die vom Kläger angebotene Eidesleistung in Beziehung auf den entsprechenden Betrag nicht abgibt,

da auch unter der Voraussetzung eines solchen Sachverhältnisses Kläger als Darlehnsgläubiger in Ansehung jener 100 Thlr. anzusehen sein würde,

und daher diese veränderte Darstellung nur zu einer Modification der Eidesformel durch Aufnahme des Zusatzes: „und zum Theil weiter zu den Akten erläuterte" zwischen die Worte „angegebene" und „Weise" führen kann;

daß nicht weniger die fernere Bemerkung des Klägers, daß seiner Schwägerin K. zugehörige 100 Thlr. zu dem von ihm erwähnten Darlehn des K. geschlagen seien, die Annahme einer Eidesverweigerung in dieser Beziehung nicht ohne Weiteres rechtfertigt,

da, wenn auch in diesem Betrachte Kläger auf Grund der fraglichen Delegation nur alsdann Darlehnsgläubiger sein würde, wenn durch einen weiteren Vorgang, insbesondere etwa auch durch eine, auch von Seiten der Ehefrau K. ertheilte Genehmigung der Uebergang jener Forderung auf ihren Ehemann vermittelt worden wäre, doch in Folge jener Bemerkung nicht schon die Voraussetzung, daß ein solcher Forderungsübergang überhaupt nicht statt gehabt, als begründet erscheint,

daß hierdurch vielmehr nur für den Richter eine Veranlassung dargeboten ist, den Kläger auf das im Falle etwaiger Ermangelung eines Uebergangs der Forderung der K. auf deren Ehemann bestehende Hinderniß, den Eid in der fraglichen Beziehung auszuschwö-

ren, aufmerksam zu machen und denselben zu einer deshalbigen nähern Erläuterung zu veranlassen,

und nach Maßgabe dieser letztern von der Eidesabnahme, insoweit solche die betreffenden 100 Thlr. begreift, entweder abzustehen, oder der Erläuterung entsprechend die Form der Eidesleistung abzuändern;

wird dem JAmt ... aufgegeben, nach Anleitung der vorstehenden Entscheidungsgründe den Eid abzunehmen.

Nunmehr konnte Kläger den Eid leisten und drang mit seiner Forderung durch[113]).

Das Ergebniß dieser Entscheidungen läßt sich in folgenden Sätzen zusammenfassen:

„Darlehnsgläubiger im rechtlichen Sinne“[114]) ist der, welcher eine Schuldverschreibung über ein „Darlehn“ besitzt, mag die zu Grunde liegende Schuld entstanden sein, wie sie will;

aus dem Darlehnsschein wird für eine materielle Begründung der Schuld (mag diese bestehen, worin sie will) dergestalt vermuthet, daß der Aussteller die Nicht-Existenz eines jeden vom Gläubiger als Grundlage der Obligation angegebenen Schuldgrundes beweisen muß;

endlich hat der Gläubiger selbst noch bei der Eidesleistung über die exc. n. n. pec. ein jus variandi in der Angabe des von ihm eidlich zu bekräftigenden materiellen Schuldgrunds.

Offenbar sind diese Entscheidungen durch das unaufhaltsame Streben nach einem praktisch erträglichen Resultate bestimmt worden. Schwerlich aber möchten sie volle wissenschaftliche Befriedigung in sich tragen. Wenn die bereits anerkannt vorliegende Schuldverschreibung jede Art der Schuldbegründung „bewies“, wozu stellte man dann noch zu

113) Sauer c. Matthäi u. Cons. 1854.

114) Vgl. oben S. 430.

Beweis, daß und welchergestalt das Darlehn ausgezahlt sei? Und wie würde man erkannt haben, wenn der Gläubiger erklärt hätte, die specielle Art und Weise der Begründung der Schuld nicht mehr angeben zu können? Soll Jeder, welcher Geld ausleiht, nachdem die Obligation in Ordnung gebracht ist, auch noch über die specielle Art der Geldzahlung ständige Notizen aufbewahren? — Und doch müssen jene Entscheidungen als ein entschiedener Fortschritt zum Bessern gepriesen werden. Sie brechen wenigstens gründlich mit jener Gelehrsamkeit, welche in der Schuldverschreibung nur ein Beweismittel eines reell gezahlten Darlehns sieht; und welche, consequent angewendet und richtig benutzt, wohl geeignet wäre, sämmtliche Capitalisten um die Hälfte ihres Vermögens zu bringen.

VI. Die Ehefrau des israelitischen Handelsmanns B. zu Leipzig hat an ihren Bruder, Juwelier K. zu Cassel, ein Legat von 10000 Thlrn. zu fordern. Gleichzeitig hat dieser an den Sohn der B., Adolph B., einen Anspruch auf Rückerstattung von 16000 fl. Metalliques-Obligationen. Um diese Verhältnisse zu ordnen, sendet K. im Herbst 1844 seinen Sohn Adolph K. nach Leipzig. Dieser einigt sich mit Adolph B., daß die Legatenschuld seines Vaters auf dessen Metalliques-Oblig.-Forderung in Anrechnung kommen solle, und Adolph B. händigt ihm deshalb eine vom 1. Oktober 1844 datirte, am 21. Oktober gerichtlich beglaubigte Quittung seiner Mutter ein, worin diese unter Beistand ihres Mannes den baaren und richtigen Empfang des Legats von 10000 Thlrn. bekennt. Adolph K. überbringt diese Quittung seinem Vater, welcher damit das Legat als erledigt betrachtet.

Noch innerhalb Jahresfrist fallirt Adolph B. und stirbt einige Zeit darauf. Die Eltern desselben melden im Concurse ihres Sohnes eine Forderung von 9500 fl. an, erhalten aber

keine Befriedigung. Sie gerathen ebenfalls in dürftige Lage, so daß sie von ihren Kindern unterstützt werden müssen. Im Jahr 1851 stirbt die Ehefrau B.; und für deren Ehemann gestalten sich die Verhältnisse so traurig, daß er sich einige Zeit darauf selbst das Leben nimmt.

Gleichwohl ist bis dahin dem K. gegenüber von dem Legat keine weitere Rede gewesen. Da tritt im J. 1856 ein zweiter Sohn der Ehefrau B., welcher sich als deren alleinigen Erbe ausweist, klagend wider seinen Oheim K. auf, indem er das alte Legat von 10000 Thlrn. in Anspruch nimmt. Der Verklagte setzt ihm die Quittung seiner Eltern entgegen. Kläger aber bestreitet dieses mit der „Einrede des nicht gezahlten Geldes". Dabei gesteht er zwar zu, daß sein Bruder Adolph B. die Quittung in Anrechnung auf seine Metall.-Obligationen-Schuld dem Adolph K. ausgehändigt habe. Seine Eltern haben jedoch, sagt er, auf eine solche Anrechnung einzugehen abgelehnt, die Quittung vielmehr in Erwartung von Adolph K. zu leistender Baarzahlung ausgestellt, und sie ihrem Sohn Adolph B. nur zu dem Zweck übergeben, damit dieser sie „in seinem Gewölbe sicherer aufbewahre". Erst einige Zeit nachher habe Adolph B. seinen Eltern, denen die unterbleibende Zahlung aufgefallen, den „Betrug" eingestanden. Die Mutter sei jedoch zu sanften Gemüthes gewesen, und habe sich aus verwandtschaftlichen Rücksichten, zugleich aber auch aus Furcht, daß K. sonst zu rücksichtslos gegen ihren Sohn Adolph wegen seiner Metall.-Forderung auftreten möge, nicht entschließen können, ihre Rechte geltend zu machen. Daraus sei das langjährige Schweigen der Eltern zu erklären. — Verklagter dagegen behauptet, die Aufrechnung und die Aushändigung der Quittung durch Adolph B. sei mit Wissen und Genehmigung der Eltern erfolgt.

Das Stadtgericht zu C., wie das OGericht, an welches

appellirt wurde, erkannten hierauf, daß in der Quittung nur ein Beweismittel für die in ihr bezeugte Baarzahlung zu finden sei; daß demgemäß, um die mittelst solcher bewirkte Aufrechnung aufrecht zu erhalten, Verklagter den Beweis der Genehmigung der B'schen Eheleute zu der Aufrechnung ihrer Legatenforderung mit der Schuld ihres Sohnes zu führen habe. Hierfür hatte Verklagter kein anderes Beweismittel als Zuschiebung des Eides, welchen Kläger annahm. Demgemäß wurde dem Kläger der Eid zuerkannt, daß seine Eltern die bewirkte Aufrechnung nicht genehmigt haben. In dieser Sachlage steht die Sache zur Zeit noch der Entscheidung letzter Instanz, an welche Verklagter weiter appellirt hat, entgegen [113]).

Es giebt wohl kaum einen Fall, welcher in der Gesammtheit seiner Umstände so klar nachwiese, zu welchen heillosen Resultaten die von mir bekämpfte Lehre führt. Der Verklagte, 11 Jahre lang im ruhigen Besitz einer gerichtlichen Quittung seiner Gläubigerin, soll gleichwohl nach den Entscheidungen der beiden ersten Instanzen noch als Schuldner gelten, wenn sein Gegner schwört, die Quittung sei ohne Genehmigung der Quittungsgeber ihm zu Händen gekommen! An diesem Ergebniß kann man lernen, was Justinian damit sagen will, wenn er in Nov. 100 als Grund der Abschneidung jener Exception anführt: ne homines negligentia sua aut forte dolo ut in negotiationibus fruantur, aliisque negotia facessant. Die Praxis aber, indem sie über diese Bestimmungen im vermeintlichen Interesse des materiellen Rechts sich hinwegsetzt, jagt einem Trugbilde nach; sie gleicht in der

113) Bei Beginn des Aufsatzes hoffte ich, die Entscheidung des OAGerichts würde bis zu dessen Beendigung ergangen sein. Da sie sich verzögert hat, werde ich solche in einem der nächsten Hefte dieser Zeitschrift kurz nachtragen.

That einem Götzendienste, den man mit einem selbstgeschaffenen goldenen Kalbe treibt, nachdem man zuvor die Gesetzestafeln leichtfertig zertrümmert [144]).

---

144) Nach diesen Erfahrungen dürfte auch eine Bestimmung, wie sie der Nürnberger Handelsgesetzentwurf enthält:

„Die Beweiskraft eines Schuldscheins oder einer Quittung ist an den Ablauf einer Zeitfrist nicht gebunden." -

für die praktische Gestaltung der Lehre schwerlich zureichen. Für beweisend hatten in den vorbemerkten Fällen die Urkunden auch diejenigen Gerichte gehalten, deren Entscheidungen doch so sehr dem Leben widersprechende Resultate abgaben. — Ein in Kurhessen „zur Sicherung des Immobiliarcredits" amtlich angefertigter Gesetzentwurf enthält folgende Bestimmungen:

„Die s. g. Einrede des nicht gezahlten Geldes findet gerichtlichen Schuldurkunden gegenüber nur in der Art statt, daß der Aussteller der Urkunde, wenn in letzterer der Geldempfang als geschehen bezeugt ist, diese Thatsache durch Gegenbeweis widerlegt.

Hat der Gläubiger neben der Schuldverschreibung (einerlei, ob darin der Geldempfang als bereits geschehen oder noch bevorstehend bezeichnet ist) eine besondere Bescheinigung über die Auszahlung des Geldes erhalten: so findet dieser gegenüber der Beweis der Nicht-Auszahlung nur mittelst eines darüber vom Gläubiger ausgestellten Reverses statt. Auf dasselbe Beweismittel ist der Schuldner beschränkt, wenn die in den Händen des Gläubigers befindliche Schuldverschreibung bereits 6 Monate alt ist.

Für die Erhaltung der Einrede durch öffentliche Protestation über die ihr gesetzte Frist hinaus, sowie für deren Hinwegfallen durch wiederholte Anerkennung der Schuld verbleiben die gemeinrechtlichen Grundsätze in Wirksamkeit.

Diese Bestimmungen finden auch auf die Einrede des nicht gezahlten Geldes gerichtlich beglaubigter Quittungen gegenüber analoge Anwendung, dergestalt jedoch, daß an die Stelle der vorgedachten 6monatlichen Frist die gemeinrechtliche Frist von 30 Tagen tritt.

Bei Aufnahme jeder Schuldverschreibung ist der Schuldner über die Bestimmungen des Gesetzes zu belehren und auf die Gefahren hinzuweisen, denen er sich durch eine verfrühte Aushändigung der Schuldurkunde unterzieht."

Durch diese wiederholte Ausführung glaube ich mindestens gezeigt zu haben, um was es sich handelt. Es gilt mir nicht, gewisse Namen und Sätze in die Rechtswissenschaft einzuführen; das Alles betrachte ich nur als Baugerüste, welches ich Jedem preisgebe, der sich dasselbe, unbeschadet des Baues selbst, anders construiren mag. Es handelt sich um ein Stück lebendiger Rechtsanwendung, von welchem wesentlich die Sicherheit eines Hauptfactors unserer Zustände, des allgemeinen Credits, abhängt. Auf dieses Gebiet möge man mir folgen und danach entscheiden.

Berichtigung.

1) Auf S. 46 dieses Bandes, Zeile 5 muß statt der Worte: „theilweilse nach Abzug", gelesen werden: „theilweise, mit dem Antrage auf Abzug."

2) S. 309 Z. 1 u. 2 ist statt „Nicht-Schuld" zu lesen „Schuld".

3) S. 406 Z. 15 statt „Bd. 4" „Bd. 3".

